

LA PREUVE DEVANT LE JUGE
ADMINISTRATIF FRANÇAIS

Rapport présenté par

M. D. LEGER

Auditeur au Conseil d'Etat de France

"En procédure civile, on parle plutôt de la preuve et de son administration. En procédure administrative contentieuse, il est toujours question de l'instruction." (1) Cette différence d'expression souligne la différence des deux procédures : la procédure civile qui est de type accusatoire et est marquée par l'existence d'un régime légal de preuves laisse en cette matière un rôle prépondérant à l'initiative des parties ; la conjonction du caractère inquisitoire de la procédure contentieuse administrative et l'absence presque totale de règles légales en ce domaine font au contraire du juge administratif le maître du régime de la preuve. C'est dire qu'étudier la preuve devant les juridictions administratives françaises, c'est analyser les conditions dans lesquelles le juge, utilisant la liberté qui lui est laissée et les pouvoirs d'investigation qui lui sont donnés, dose ses exigences à l'égard des parties et fixe les principes de son intervention.

*

* *

Dans la procédure contentieuse administrative, aucun texte de portée générale ne fixe la charge de la preuve, ne détermine les modes de preuves admissibles et ne crée entre eux une hiérarchie qui s'imposerait au juge. En règle générale les parties sont libres dans le choix des preuves qu'elles doivent apporter à l'appui de leurs thèses, comme le juge est libre pour apprécier la valeur de celles qui lui sont présentées, décider des mesures d'instruction et de vérification, et imputer la charge de la preuve. Lorsque dans une matière particulière, un texte est intervenu pour régler en tout ou partie le régime des preuves, le juge administratif a, dans la plupart des cas, tendance à l'interpréter libéralement.

La preuve peut donc en général être apportée par tous moyens, sans qu'aucune hiérarchie n'existe entre eux, ce qui fait que le juge administratif ne connaît pas les problèmes qui peuvent naître, dans un régime de preuve légale, de l'apparition de nouveaux procédés scientifiques ou techniques de constatation de la vérité. Le seul mode de preuve admis devant le juge civil qui ne l'est jamais en procédure administrative est le serment, "qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause". Un arrêt du Conseil d'Etat du 29 novembre 1851 Pélissier p. 720 a en effet relevé qu'aucune disposition légale n'avait étendu les effets de cet article du code civil "à la juridiction administrative et que des motifs d'ordre public s'opposeraient à ce qu'un tel serment fut déféré devant cette juridiction". Ces motifs sont clairs : il ne peut être admis que la responsabilité du service public, par exemple, soit engagée en raison du serment déféré à l'un de ses agents.

Le recours aux procédés de vérification des preuves est aussi marqué par la grande liberté laissée au juge. Un texte sans doute, le titre II de la loi du 22 juillet 1889, règle la procédure que les tribunaux administratifs doivent suivre lorsqu'ils ont ordonné une expertise, une visite des lieux, une enquête, un interrogatoire ou une vérification

(1) Charles Debbasch — Procédure administrative contentieuse et Procédure civile. 1962 p. 367.

d'écriture, mais il n'en est pas de même pour le Conseil d'Etat qui s'il s'inspire de ces règles lorsqu'il recourt à ces moyens, se reconnaît toujours le droit de s'en écarter. Et surtout le juge administratif, quel qu'il soit, est pratiquement toujours libre de recourir ou non à ces mesures, c'est-à-dire qu'il n'est pas tenu d'ordonner celles qui lui sont demandées par les parties et que par contre, il peut de lui-même ordonner qu'il soit procédé à de telles vérifications. Depuis que le décret du 10 avril 1959 a abrogé l'alinéa 2 de l'article 13 de la loi du 22 juillet 1889 qui prévoyait qu'en matière de dommages résultant de l'exécution de travaux publics l'expertise devait être ordonnée si elle était demandée par l'une des parties, il n'y a plus à notre connaissance, qu'une seule hypothèse dans laquelle le juge administratif est tenu d'ordonner une telle mesure : en matière de police des immeubles menaçant ruine, l'article 304 du code de l'Urbanisme prévoit en effet que lorsqu'il y a désaccord entre les experts commis l'un par le propriétaire et l'autre par l'administration, le tribunal administratif "désigne un homme de l'art pour procéder à la même opération"(C.E. 18 janvier 1957 Mantega p. 46).

Par ailleurs, le juge n'est pas lié par les résultats des mesures de vérification qu'il a ordonnées. Il conserve toute sa liberté d'appréciation et peut ordonner toute autre mesure d'instruction qu'il juge utile. L'article 22 de la loi du 22 juillet 1889 le prévoit expressément "en aucun cas, le tribunal n'est obligé de suivre l'avis des experts" et la jurisprudence affirme ce principe de façon constante et générale.

Libres sont aussi le président de la section du contentieux du Conseil d'Etat et les présidents des tribunaux administratifs pour apprécier l'opportunité d'ordonner, à la demande d'un requérant et en cas d'urgence "toute mesure en vue de la solution d'un litige" (article 27 du décret du 30 juillet 1963 . Articles 23 bis et 24 de la loi du 22 juillet 1889). Les dispositions de l'article 24 de la loi du 22 juillet 1889 qui interdisaient la procédure du référé devant les tribunaux administratifs pour "les litiges intéressant l'ordre et la sécurité publiques" ont été abrogées par le décret du 28 janvier 1969.

Libre le juge administratif l'est enfin pour imputer la charge de la preuve. La seule règle générale est tirée de l'adage "actori incumbit probatio", et ne saurait donc compte tenu de sa valeur lier le juge, qui pourra soit décider de l'appliquer dans toute sa rigueur, soit l'atténuer, ou même l'écarter complètement.

Dans certaines matières des textes particuliers sont intervenus pour fixer au moins partiellement le régime des preuves ; il en est ainsi et principalement en matière fiscale. Le code général des impôts prévoit en plusieurs de ses dispositions qu'en cas de rectification, d'évaluation d'office des bases d'imposition et de taxation d'office pour défaut de déclaration, le contribuable ne peut obtenir décharge ou réduction de la cotisation qui lui a été assignée qu'en apportant la preuve de l'exagération de son imposition. L'article 1649 quinquies A du code relatif à la procédure de redressement, répartit de façon précise la charge de la preuve en fonction de l'avis d'une commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires qui peut être saisie en cas de désaccord entre l'administration et le contribuable portant sur certaines impositions (détermination des bénéfices industriels et commerciaux, des bénéfices réels des exploitations agricoles et des professions non commerciales, des plus-values immobilières). Dans la mesure où "la taxation est conforme à l'appréciation de la commission

le redevable conserve le droit de présenter une demande en réduction par voie de réclamation contentieuse, à charge pour lui d'apporter tous éléments comptables et autres, de nature à permettre d'apprécier le chiffre qui doit effectivement être retenu comme base d'imposition. Dans le cas contraire, la charge de la preuve incombe à l'administration en tant que la base d'imposition retenue pour l'établissement de l'impôt excède celle résultant de l'appréciation de la commission". Ce texte fixe ainsi la charge et l'objet de la preuve.

Dans d'autres matières, le législateur est aussi intervenu mais de façon plus partielle. Ainsi en matière de pension militaire d'invalidité a-t-il créé une présomption d'imputabilité au service de l'affection pour laquelle une pension est demandée lorsque cette affection a été constatée dans certaines conditions et dans un certain délai (article L 2 et L 3 du code des pensions militaires d'invalidité). Les articles R 320 à R 323 du même code prévoient les moyens suivant lesquels la preuve d'actes de résistance invoqués à l'appui d'une demande du titre d'interné ou de déporté résistant peut être apportée.

Mais ces exceptions au principe de liberté des preuves sont peu nombreuses et dans la mesure où de telles restrictions existent, le juge administratif a généralement tendance à leur donner la portée la plus réduite possible.

Ainsi dans le passé en avait-il été de l'obligation imposée par l'article 13-2 précité de la loi du 22 juillet 1889 aujourd'hui abrogé. Le Conseil d'Etat avait décidé que le texte ne s'appliquait pas dans le cas de réclamations formées par le maître de l'ouvrage ou dans celui où l'expertise était manifestement inutile.

La même tendance se constate dans l'interprétation des articles précédemment rappelés du code des pensions militaires d'invalidité. Alors que pendant un certain temps, le juge avait rejeté des demandes du titre de déporté ou d'interné résistant au motif que le requérant n'établissait pas par les modes de preuve prévus par ces dispositions que la cause de la déportation ou de son internement ait été un acte de résistance, il a désormais adopté une attitude inverse : le Conseil d'Etat dans un arrêt Arnouil du 15 mai 1953 p. 327, a admis que "l'existence du lien peut être établie par des documents offrant des garanties au moins égales à celles exigées" par ces dispositions "et dont la valeur probante doit être appréciée par le ministre sous contrôle du juge de l'excès de pouvoir eu égard aux informations contenues dans les diverses pièces du dossier". Le juge s'est même, par la suite contenté de simples commencements de preuve pour reconnaître à l'intéressé droit au titre demandé (Conseil d'Etat Section 4 décembre 1959 — Ministre des Anciens Combattants contre sieur Delaporte p. 655).

Cette tendance se manifeste aussi par le renversement ou la remise en cause de certaines jurisprudences qui limitaient la liberté des preuves.

Pendant longtemps, la liberté des preuves contre les actes administratifs a été limitée par une jurisprudence qui estimait que les actes administratifs tels que les décrets, contrats passés en la forme administrative, certains procès-verbaux et les décisions des juridictions administratives faisaient foi jusqu'à inscription de faux (C.E. 10 février 1943 Dame veuve Crausac p. 37 pour un acte administratif ; 4 février 1887 commune D'Estivaux p. 94 pour un procès-verbal d'adjudication) ; autrement dit la force probante des énonciations d'un acte administratif auquel la jurisprudence avait reconnu la

valeur d'un acte authentique, ne pouvait être contestée par les parties qu'en arguant de faux la pièce incriminée. Or en application des articles 38 de la loi du 22 juillet 1889 et 60 de l'ordonnance du 31 juillet 1945, le tribunal administratif ou le Conseil d'Etat saisi d'une telle demande doit, si la décision définitive dépend de la pièce arguée de faux, surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal civil compétent se soit prononcé. C'est dire que cette jurisprudence, qui était née de ce qu'il semblait naturel que les actes administratifs aient une force probante au moins égale à celle des actes notariés, imposait de sévères restrictions à la liberté des preuves. En outre elle présentait, sur le plan doctrinal l'anomalie de faire apprécier par le juge judiciaire des actes qui relevaient normalement de la compétence du juge administratif. Aussi par une série d'arrêts intervenus depuis 1947, la jurisprudence a-t-elle été profondément modifiée. Désormais, sauf texte législatif contraire, les actes administratifs font foi seulement jusqu'à preuve contraire (C.E. assemblée 4 mars 1955 Athias p. 129 - C.E. assemblée 8 décembre 1967 Société "Ateliers Goetzman" p. 473) et seules les minutes des jugements font preuve jusqu'à inscription de faux (C.E. 11 février 1970 sieur Maschi p. 101).

C'est aussi par une libéralisation du régime des preuves impliquant une modification de jurisprudence en la matière, qu'un commissaire du Gouvernement a récemment proposé d'apporter une solution aux contradictions qui, en contentieux fiscal, peuvent naître de ce qu'une même somme d'argent peut donner lieu à deux litiges (l'un opposant l'administration à celui qui l'a versée — l'autre à celui qui l'a perçue) et de ce que les règles concernant la charge de la preuve peuvent être différentes dans ces deux litiges. Ce sera par exemple à une société, en application des dispositions précitées de l'article 1649 quinquies A, de faire la preuve que c'est à tort que l'administration a considéré que des sommes versées à un de ses dirigeants était non pas une rémunération mais constituait une distribution de bénéfices. Ce sera par contre, sauf en cas d'acceptation ou de défaut de réponse à la notification de redressement, à l'administration, dans l'instance qui l'oppose au dirigeant concerné, de prouver que c'est à bon droit qu'elle a considéré que ces sommes constituaient en fait pour lui des revenus mobiliers et non des revenus salariaux. Il est clair qu'une application stricte des règles de charge de la preuve peut aboutir à des décisions contradictoires (C.E. 17 décembre 1969 n° 77289 BCD p. 169). Or comme le relève Monsieur Delmas Marsalet dans ses conclusions sous l'affaire sieur de Kervizic (mars 1972) si la charge de la preuve est strictement déterminée dans la première hypothèse, en application de l'article 1949 quinquies A, aucun texte ne la détermine dans la seconde hypothèse, et la règle suivie est d'origine purement jurisprudentielle. Aussi pour limiter les risques de contrariétés des jugements, a-t-il proposé, conformément à la tendance dominante de la jurisprudence, de ne mettre formellement la preuve à la charge de l'une ou l'autre partie que si un texte l'impose expressément et nécessairement : "Si vous nous suivez, vous retrouvez, dans le litige relatif à l'imposition personnelle du bénéficiaire de revenus distribués, la liberté d'appréciation dont vous vous étiez privés en faisant formellement peser la charge de la preuve sur l'une ou l'autre des parties".

*

* *

Le second facteur qui, avec ce régime de liberté des preuves, contribue à donner au système probatoire devant les juridictions administratives françaises sa physionomie

originale est lié au caractère inquisitoire de la procédure : le juge qui dirige l'instruction prend une part de plus en plus active au rassemblement des éléments de preuve et à la recherche de la vérité. Face aux prétentions contraires des parties, il use à son gré de différents moyens pour établir sa conviction, et sa tendance actuelle est d'élargir constamment le champ de ses investigations.

Le juge a d'abord le pouvoir d'exiger des parties qu'elles lui communiquent tous les renseignements et documents qu'il estime utiles à la solution du litige. Dans un arrêt Couespel du Mesnil (1er mai 1936 p. 485) le Conseil d'Etat a ainsi affirmé son pouvoir "d'exiger de l'administration compétente la production de tous documents susceptibles d'établir sa conviction et de nature à permettre la vérification des allégations du requérant" et a par jugement avant dire droit ordonné au Ministre de la marine de produire le dossier du requérant, qui soutenait que sa mise à la retraite avait en réalité le caractère d'une sanction disciplinaire. Ce pouvoir expressément reconnu au Conseil d'Etat par l'article 37 du décret du 30 juillet 1963 appartient également aux tribunaux administratifs (Ministre de l'Intérieur contre sieur Mottard 17 octobre 1958 p. 490). Le juge en use largement et de façon permanente soit par simple mesure d'instruction, soit par jugement avant dire droit. Il peut ainsi demander aussi bien la production d'une décision administrative dont l'existence est douteuse (7 juin 1961 ministre de l'Education nationale contre Hirtzmann p. 379), que le dossier administratif de l'intéressé (Foucher Créteau 11 mai 1962 p. 319), que la projection d'un film faisant l'objet de l'arrêté municipal d'interdiction qui lui a été déféré, ou que l'avis d'un conseil de discipline au vu duquel une sanction a été prononcée (Ministre de l'Intérieur contre sieur Mottard précité).

Ces demandes, qui peuvent être faites dans les formes les plus diverses — aussi bien par lettre que par téléphone — peuvent être adressées tant à l'administration, ce qui est le cas le plus fréquent pour des raisons évidentes, qu'à des particuliers (26 juin 1959 Syndicat Algérien de l'Education Surveillée CFTC p. 399 — 17 mars 1967 sieur Rosner p. 130).

Le juge ne peut par contre ordonner que soient produits devant lui des documents dont la communication est exclue par une prescription législative (par l'article 378 du Code Pénal notamment). Mais en cette matière aussi, conformément à la tendance générale que nous avons analysée plus haut, il a cherché à réduire au maximum les conséquences de ces restrictions sur ses pouvoirs d'investigation. Aussi s'il reconnaît qu'il ne lui appartient pas de discuter le refus qui lui est opposé par l'administration de lui communiquer des documents intéressant les secrets de la défense nationale tels qu'ils sont définis à l'article 78 du Code Pénal, il affirme cependant que "rien ne s'oppose à ce que, dans la mesure où ces renseignements lui paraissent indispensables pour former sa conviction sur les points en litige, il prenne toutes mesures de nature à lui procurer, par les voies de droit, tous éclaircissements nécessaires, même sur la nature des pièces écartées et sur les raisons de leur exclusion; qu'il a ainsi la faculté s'il y échet de convier l'autorité responsable à lui fournir à cet égard, toutes indications susceptibles de lui permettre, sans porter aucune atteinte, directe ou indirecte, aux secrets garantis par la loi, de se prononcer en pleine connaissance de cause ; qu'il lui appartient dans le cas où un refus serait opposé à une telle demande, de joindre cet élément de décision, en vue du jugement à rendre, à l'ensemble des données fournies par le dossier" ; (Assemblée 11 mars 1955 Secrétaire d'Etat à la guerre contre sieur Coulon p. 149).

La jurisprudence concernant le secret médical procède du même esprit. Le juge administratif, qui estime que ce secret n'est pas opposable au malade, s'est en conséquence reconnu le pouvoir d'ordonner la communication à celui-ci des constatations faites sur son état. Le malade ainsi informé peut, s'il le juge utile, porter ces informations à la connaissance du tribunal et de la partie adverse. Le juge tient compte de son attitude dans son appréciation (C.E.S. 24 octobre 1969 Ministre de l'Équipement et du Logement contre sieur Gougeau p. 457 ; 12 novembre 1969 Pasquier p. 495).

La participation du juge à la recherche des preuves ne se borne pas à ordonner la production de tel ou tel document, elle peut aller beaucoup plus loin : le juge peut mettre en demeure l'administration de lui faire connaître les motifs de sa décision, alors même que la décision en cause a été prise dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Cette possibilité a été affirmée avec force par un arrêt Barel du 28 mai 1954 p. 412. Dans ses conclusions, sous cet arrêt, le Commissaire du Gouvernement Letourneur en justifiait ainsi l'existence : "L'existence d'un contrôle du juge implique nécessairement la possibilité pour ce dernier d'exercer effectivement ce contrôle, c'est-à-dire le pouvoir de recherche au minimum si les motifs qui sont à la base de l'acte entrepris sont juridiquement et matériellement corrects ou s'ils ne décèlent pas un détournement de pouvoir, et, par suite l'obligation pour l'administration de faire connaître les motifs de sa décision et d'établir, par la production de tous documents utiles, que les motifs qu'elle indique sont bien ceux-là mêmes qui l'ont inspirée réellement..... La règle suivant laquelle les actes administratifs n'ont pas à être motivés a pour conséquence de supprimer à leur égard le vice de forme tiré du défaut de motifs ; elle n'a ni pour but, ni pour effet de soustraire l'administration à l'obligation de faire connaître au juge de l'excès de pouvoir les motifs des actes attaqués devant lui, obligation qui résulte de l'existence même du contrôle juridictionnel, qui est la condition indispensable à l'exercice de ce contrôle et qui est totalement étrangère à ce qui n'est qu'une pure règle de forme". En l'espèce, les requérants avaient apporté à l'appui de leur moyen dirigé contre le refus qui leur avait été opposé de les admettre à participer au concours de l'E.N.A. et tiré de ce que le motif de cette décision était entaché d'erreur de droit, des commencements de preuve qui constituaient des présomptions sérieuses, et c'est ce qui avait déterminé le juge à interroger l'administration.

Cette jurisprudence a par la suite été étendue à d'autres domaines : en matière de mesures de police (Grange 30 janvier 1959 p. 85 ; sieur Magne de la Croix 13 juillet 1965 p. 461) de refus de mutation de fonctionnaire (22 mars 1961 Enard p. 202) de refus de faire droit à une demande d'agrément fiscal (26 janvier 1968, société Maison Génestal p. 62). Comme le Conseil d'État, les tribunaux administratifs peuvent recourir à cette procédure (Vicat-Blano 21 décembre 1960 p. 890). Enfin le juge, qui dans l'affaire Barel n'était intervenu qu'au vu de commencements de preuve sérieux semble être devenu moins exigeant, puisque dans l'affaire Société Maison Génestal il s'est contenté de faire état de l'"argumentation" développée par la société requérante pour mettre en demeure le Ministre de l'Économie et des Finances de lui faire connaître ses "raisons de fait et de droit pour lesquelles il a estimé que l'opération projetée par la Société ne présentait pas un intérêt économique suffisant pour justifier l'octroi" de l'agrément fiscal sollicité.

Si l'administration refuse de communiquer les documents qui lui sont demandés ou de

faire connaître les motifs de sa décision comme elle y a été invitée, sa décision sera annulée : "si le ministre ne répond pas ou répond de manière trop imprécise, ou d'une manière insuffisamment pertinente et complète, il (le juge) annulera l'acte attaqué soit par le motif que le Conseil d'Etat n'a pas été mis à même d'exercer le contrôle de légalité qui lui incombe, soit par le motif que les faits allégués par l'auteur du pourvoi doivent être regardés comme établis....." (Conclusions Letourneur sous l'arrêt Barel précité). La solution sera la même que le refus de l'administration soit volontaire (arrêt Barel et Ministre de l'Intérieur contre sieur Mottard p. 490) ou qu'il soit dû à l'impossibilité matérielle de produire le document demandé (18 janvier 1952 sieur de Place - 12 juillet 1949 Koenig de Belliard de Vaubicourt p. 348). C'est la sanction inverse que le juge applique au requérant négligent "lorsque une partie n'a pas produit les documents qu'une juridiction lui avait demandés, cette juridiction est fondée à rejeter les prétentions de la partie négligente ou incapable de justifier de ses allégations" (Pdt Odent contentieux administratif p. 708).

L'intervention du juge administratif dans la recherche des preuves est aussi marquée par la possibilité qu'il a d'ordonner d'office des mesures de vérification utiles à la solution du litige.

A cet égard il convient de noter une évolution de l'attitude du Conseil d'Etat, auquel on reprochait traditionnellement de se fier "à peu près exclusivement aux pièces qui lui sont remises par les parties", au lieu de prescrire des mesures d'instruction destinées à lui donner une connaissance plus directe du litige.... Il faut ajouter qu'une appréciation trop intuitive ne peut tenir compte de la complexité et de la technicité sans cesse croissante des litiges dont les tribunaux administratifs ont à connaître. Dans de nombreux cas, il paraît bien difficile qu'au vu des seuls documents de preuve produits par les parties et sans avoir à ordonner de mesures d'instruction, le juge soit à même de se former une opinion éclairée de l'affaire qui lui est soumise" (Pactet — Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative — édition A Pedone Paris 1952 p. 186). En appel, le Conseil d'Etat préférait après s'être prononcé sur la question de droit, renvoyer devant le tribunal administratif pour qu'il statue sur la ou les questions qui nécessitaient une mesure d'instruction. Mais depuis quelques années, il a tendance à recourir lui-même plus fréquemment non seulement à des mesures d'instruction comme celles qui ont été analysées ci-dessus mais aussi à des mesures de vérification, telles qu'expertises, enquêtes ou visites sur les lieux.

Ainsi vient-il à deux reprises d'ordonner une visite sur les lieux, alors que depuis 1806, il n'avait ordonné une telle mesure que quatre fois. Il l'a ordonnée par un arrêt du 5 février 1969 (Ministre de l'Education contre Warembourg p. 72) pour déterminer si les bruits et trépidations provenant d'un atelier de chaudronnerie situé dans un établissement public pouvaient causer à un voisin un préjudice tel qu'il lui ouvre droit à réparation. Par un arrêt du 13 mars 1970 p. 182 Ministre d'Etat chargé des Affaires Culturelles contre dame Besnoit d'Anthenay, il l'a fait pour déterminer si le caractère d'un site justifiait son inscription à l'inventaire des sites pittoresques d'un département. De même a-t-il à plusieurs reprises ordonné une enquête (Poncin 22 juin 1963 p. 393 — Frank et Palfer Sollier 23 novembre 1966 p. 1055 - 18 avril 1969 consorts Vitry p.215). Il peut également, en cas de contestation sur les mentions ou les visas d'une décision, envoyer l'un de ses membres consulter la minute du texte litigieux (11 février 1970 sieur Maschi précité). Cette évolution est d'autant plus remarquable qu'elle se produit

dans des domaines ou des matières où le juge avait, le plus, tendance à ne statuer qu'au vu des pièces qui lui étaient fournies : ainsi en excès de pouvoir, matière dans laquelle sont intervenus les trois arrêts précités qui ont ordonné une enquête, ainsi également en matière de détournement de pouvoir : dans un arrêt du 14 mars 1969 Ministre de l'Education Nationale contre sieur AT à l'A.J.D.A. 1969 p. 440, le Conseil d'Etat a confirmé un jugement, qui au vu des résultats d'une enquête ordonnée par le tribunal, a considéré que le détournement de pouvoir allégué était établi.

Comme nous l'avons déjà indiqué, la décision d'intervenir dans la recherche de la preuve est laissée à la libre appréciation du juge. Cela ne signifie pas bien évidemment qu'il puisse agir arbitrairement. Il reste soumis dans ses interventions au respect des principes de l'immutabilité et de l'indépendance des instances, du caractère contradictoire de la procédure (11 mars 1955 Secrétaire d'Etat à la guerre contre sieur Coulon précité) même si parfois il lui arrive de ne pouvoir faire abstraction d'éléments d'information qu'il a recueillis à l'occasion d'autres affaires du même type ou en raison de son expérience administrative (Cf. un arrêt "limite" à cet égard : 17 mars 1965 sieur S, A.J.D.A. 1965 p. 300 avec une note du Pr Drago). Et le Conseil d'Etat, juge suprême veille à ce que les juridictions subordonnées n'ordonnent pas des mesures inutiles ou frustratoires (pour une expertise CE 12 février 1969 Guyader p. 93 — pour un supplément d'instruction 9 décembre 1959 Couturier p. 630), ordonnent au contraire les mesures nécessaires (26 juin 1959 syndicat algérien de l'éducation surveillée, précité) et accordent aux parties des délais suffisants pour répondre à leurs demandes (Ministère de l'Intérieur contre sieur Mottard précité).

Mais il n'en reste pas moins qu'en définitive, seul le juge détermine les conditions de son intervention. Se combinant avec un régime de liberté des preuves où le juge fixe lui-même ses exigences de preuve et les répartit librement entre les parties, cette possibilité d'intervenir ou de s'abstenir dans la recherche de la vérité est un facteur déterminant des caractéristiques du système probatoire. C'est ainsi dans une large mesure, de l'attitude du juge en ce domaine, de l'utilisation de ses pouvoirs que dépendent à la fois l'étendue de la garantie que constitue le recours juridictionnel pour l'administré et l'étendue du contrôle effectif exercé par le juge sur l'administration.

*

* *

Seule donc une analyse de la jurisprudence peut permettre de décrire un régime de preuves dont les caractéristiques évoluent constamment en fonction des exigences et de l'attitude du juge. Mais une étude qui aurait pour ambition de fixer avec précision les critères en fonction desquels le juge se détermine à n'exiger qu'un commencement de preuve ou à ne pas se satisfaire d'une possibilité même forte, à imputer la charge de la preuve au requérant ou à exiger de l'administration qu'elle se justifie, serait sans doute vouée à l'échec avant d'apparaître totalement dépassée. Parlant des tentatives de synthèse qui ont été faites à ce sujet depuis une dizaine d'années, le Président Odent remarque qu' "elles restent assez incertaines dans leurs conclusions parce que les formules des arrêts sont très concises et parce que, selon la matière considérée, souvent même selon l'impression particulière que chaque dossier laisse à ceux qui l'étudient, les exigences du juge varient quant au degré de preuve dont il se satisfait. Dans l'en-

semble, on peut néanmoins affirmer que la jurisprudence est, avec des nuances infinies, libérale" (contentieux administratif p. 707). Il ne s'agira donc dans les développements qui suivent que d'essayer de faire apparaître les tendances qui se manifestent à travers les arrêts et qui caractérisent l'attitude du juge.

A cet égard, une constatation s'impose dès l'abord : l'évolution qui s'est produite a eu pour effet de nuancer, limiter et même parfois écarter le principe "actori incumbit probatio" qui à l'origine s'appliquait avec rigueur. Cette évolution a été guidée par la volonté du juge de tenir compte des situations réelles des parties au litige pour doser et répartir le fardeau de la preuve, et d'éviter que les règles de preuves n'influent artificiellement sur la solution. Cette tendance se heurte parfois soit à la relative timidité du juge à l'égard des techniques et moyens d'investigation soit à son souci de laisser à l'administration, dans certains domaines un pouvoir plus large. Le régime des preuves nous semble résulter de l'équilibre existant entre ces forces. L'examen de la jurisprudence montre qu'il se déplace sous la poussée et en faveur de la première.

Le premier fondement de l'action du juge dans le sens d'une libéralisation du régime de la preuve est tiré de l'inégalité entre les parties qui caractérise l'instance contentieuse administrative. Cette inégalité tient en premier lieu à ce que d'une façon quasi générale, en première instance, l'administré est dans la position de demandeur, et l'administration dans celle de défendeur, et que cette situation inconfortable pour l'administré, et qui est essentiellement la conséquence du privilège du préalable, n'est pas fondamentalement modifiée par la généralisation du double degré de juridiction. Les exceptions à cette règle sont rares : on en trouve quelques exemples en matière de contravention de voirie, et, en matière contractuelle où l'administration peut ou doit s'adresser au juge pour faire prononcer une sanction à l'encontre de son cocontractant.

Or il est clair que ces positions respectives à l'instance ne correspondent pas toujours au rôle effectif joué par chacune des parties dans l'apparition du litige. Si dans certains cas c'est le demandeur qui a provoqué la décision ou la situation qui est l'objet du conflit, lorsque par exemple il a sollicité la reconnaissance d'un titre ou l'octroi d'une faveur, dans d'autres, il n'a joué qu'un rôle purement passif et a vu sa situation modifiée soit à l'initiative propre de l'administration, soit à l'initiative d'un tiers. Dans cette seconde hypothèse la justification de la règle "actori incumbit probatio", à savoir qu'il est naturel d'exiger de celui qui prend l'initiative de chercher à modifier l'ordre juridique et à porter atteinte à la stabilité des situations, qu'il apporte la preuve du bien-fondé de ses prétentions, n'existe pas, ou du moins est très fortement diminuée.

Par ailleurs cette inégalité entre les parties est aggravée par leur inégalité au regard des possibilités de rassembler les preuves, de recueillir les documents nécessaires ou utiles à leur démonstration. Il est évident que d'une manière générale l'administré aura beaucoup de mal à pouvoir prendre connaissance des documents ou des dossiers au vu desquels aura été prise la décision litigieuse : il ignorera souvent leur existence même, et s'il la connaît il aura beaucoup de difficultés à se les faire communiquer : "les collectivités publiques opposent au citoyen deux sortes de barrages : le mutisme de leurs agents et le secret de leurs dossiers", (chronique de messieurs Labetoulle et Cabanes A.J.D.A. 1972 p. 94) mutisme des agents qui tient à l'obligation du secret professionnel, secret des dossiers qui tient au principe suivant lequel en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires, un particulier n'a pas droit à communication des actes

administratifs en vertu desquels une décision est intervenue (C.E. 28 mai 1971 Ministre de l'Équipement et du Logement A.J.D.A. 1971 p. 420). Cette difficulté est particulièrement aggravée lorsque l'administration jouissant d'un pouvoir discrétionnaire n'est pas tenue de motiver ses décisions. Certes depuis quelque temps le juge a tendance à accroître le nombre des hypothèses dans lesquelles l'administration est tenue soit de communiquer son dossier à l'administré avant de prendre une décision, soit de motiver cette décision (C.E. Assemblée 27 novembre 1970 Agence maritime Marseille Fret p. 704) soit même de lui communiquer les documents qui le concernent (17 décembre 1971 sieur Rousselot et autres A.J.D.A. 1972 p. 111) mais au regard de l'ampleur du problème, cette action directe sur la difficulté de preuve n'apporte qu'une solution très partielle, et si le juge n'intervenait pas pour atténuer les effets du principe "actori incumbit probatio", l'administration serait dans beaucoup de cas assurée d'une très large immunité. Il est clair cependant que l'inégalité n'est pas aussi prononcée dans tous les litiges. Elle est souvent plus grande en excès de pouvoir qu'en plein contentieux, dans le cas de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire que dans celui d'une compétence liée, dans le cas du tiers que celui de la personne directement intéressée. Le juge aura tendance à doser ses exigences ou à décider de son intervention en fonction de la situation réelle des parties.

Le second fondement de l'action du juge dans le sens d'une libéralisation du régime des preuves tient à sa nature même de juge administratif. De par son origine, il est l'administration se jugeant elle-même. Aussi un litige est pour lui l'occasion non seulement d'affirmer ou de confirmer la thèse des parties en présence, mais aussi d'apprécier objectivement la légalité et la régularité de l'action administrative. "Le procès administratif n'est pas seulement un dialogue entre deux parties, arbitré par le juge mais, dans une certaine mesure, un nouvel examen d'un dossier administratif, limité toutefois par les prétentions des intéressés" (Messieurs Denoix de Saint-Marc et Labetoulle - les pouvoirs d'instruction du juge administratif — Etudes et documents du Conseil d'Etat 1970 p. 69). Cette circonstance qui explique le caractère inquisitoire de la procédure, explique aussi que le juge administratif accepte difficilement que son contrôle soit artificiellement limité par le jeu de règles de preuves et de répartition de la charge de la preuve. Ceci est particulièrement vrai en matière d'excès de pouvoir en raison même du caractère objectif de ce contentieux. Saisi de conclusions dirigées contre une décision administrative dont la légalité est sérieusement contestée, le juge a ainsi naturellement tendance à ne pas tenir compte de la position respective des parties dans l'instance et à demander à l'administration de se justifier. L'objet même de son contrôle qui est la légalité de l'acte administratif le pousse à se dégager de l'application normale des règles de preuve qui pourrait l'empêcher de se prononcer objectivement.

La prise en considération de la situation réelle des parties de leurs difficultés de preuve, le souci d'éviter que l'issue du litige ne dépende trop souvent et artificiellement du jeu de la charge de la preuve ont ainsi conduit à l'adoption de solutions extrêmement nuancées qui vont de l'affirmation pure et simple du principe traditionnel au renversement total de la charge de la preuve en passant par toute une gradation de limitations et d'allègements.

Dans tous les cas, le demandeur doit assortir ses conclusions et ses moyens d'allégations précises. Si cette condition n'est en général pas suffisante, elle est toujours nécessaire. Si elle n'est pas remplie la requête est rejetée. "Parce qu'il occupe la position de demandeur à l'instance juridictionnelle, le particulier supporte dès le début de celle-ci une char-

ge minimum, irréductible qui est de contester utilement la décision administrative" (J.P. Colson l'Office du juge et la preuve dans le contentieux administratif. L.G.D.J. 1970 p. 124) (cf. 3 mai 1952 sieur Melnick).

Dans certains cas le requérant n'a qu'à supporter cette charge réduite. Il en est ainsi en premier lieu lorsque l'administration ne conteste pas le bien-fondé de ses allégations, et que rien au dossier ne permet d'en douter. Le juge les tient alors pour établies (Sieur Morati 10 février 1965 p. 91). Cette même solution bénéficie du reste à l'administration lorsque ses affirmations produites en défense ne sont pas contestées en réplique (Sieur Cohn Bendit 9 janvier 1970 p. 15).

Le requérant n'a également que la charge minimum d'allégations précises à l'appui des moyens qu'il invoque, lorsque la preuve a été mise par le juge à la charge de l'administration. C'est le cas notamment lorsque le législateur ou la jurisprudence ont mis une condition à l'exercice d'une compétence. Saisi d'une contestation précise, le juge a tendance à demander à l'administration de justifier que ces conditions légales à l'exercice de son pouvoir étaient bien réunies. Ainsi en est-il lorsque la légalité d'une décision est soumise à l'existence de circonstances exceptionnelles ou d'urgences (Consorts Muselier 10 octobre 1969 p. 432 — Fédération nationale des producteurs de vins de consommation courante 17 mars 1971 p. 216) (sieur Mihoubi Mohand Tayeb 16 janvier 1970 p.25). Par un arrêt demoiselle Benz du 11 décembre 1970, le Conseil d'Etat a annulé un arrêté d'expulsion pris à l'encontre d'un ressortissant allemand sans que celui-ci ait été admis à faire valoir les raisons qu'il pouvait invoquer contre son expulsion, au motif que le Ministre de l'Intérieur n'établissait pas que "des motifs impérieux touchant à la sécurité de l'Etat", dont l'existence aurait pu légalement le dispenser de respecter cette procédure, "se soient opposés à ce que la demoiselle Benz.... bénéficie des dispositions sus énoncées" (Rec. 1970, p. 763). Il en est de même en matière de police municipale, il appartient à l'autorité qui, pour assurer l'ordre public a édicté des mesures restreignant la liberté, d'établir que ces restrictions étaient justifiées dans leur principe et dans leur étendue par les nécessités du maintien de l'ordre (15 décembre 1961 sieur Chiaretta p.709; société des films Marceau 14 octobre 1960 p.533). Il incombe pareillement à l'administration de prouver que les atteintes portées à l'égalité des citoyens devant le service public sont justifiées par des considérations d'intérêt général (Fédération nationale des élus républicains municipaux et cantonaux 13 décembre 1968 p. 644).

Le juge a également tendance à renverser la charge de la preuve lorsqu'une mesure a un caractère de sanction. Ainsi en matière disciplinaire, il appartient à l'autorité qui a prononcé la sanction d'établir l'exactitude des griefs, "le Ministre ne corroborant pas par des présomptions sérieuses le grief retenu n'a pas apporté la preuve qui lui incombait de l'exactitude matérielle dudit grief" (16 juin 1965, sieur Morin, p. 365). Cette jurisprudence semble devoir être étendue aux décisions qui sans avoir le caractère de sanction, préjudicient à l'intéressé, tel que le retrait d'autorisation ou de licence (13 mars 1970, dame veuve Sinigo p. 191). Dans cette affaire, la dame Sinigo demandait l'annulation de la décision qui lui avait retiré une licence d'exploitation de taxi : "considérant que le ministre de l'Intérieur n'établit pas que la licence dont il s'agit ait été accordée sur le fondement de faits matériellement inexacts ; que c'est donc illégalement que ladite licence a été, pour ce motif, retirée".

Il y a également transfert de la charge de la preuve, lorsque l'administration est soumise au respect de certaines formalités, et que le requérant soutient que ces règles de forme ou de procédure n'ont pas été observées (sieur Torres 2 février 1966 p. 70). C'est à l'administration par exemple d'établir qu'elle a mis l'intéressé à même de consulter son dossier, ou qu'elle a recueilli les avis nécessaires. De même elle doit prouver l'existence d'une délégation légale de compétence lorsque celle-ci est contestée (28 juillet 1951 société Blohorn et fils p. 452) comme c'est à elle de faire la preuve qu'elle a notifié sa décision à l'intéressé (22 novembre 1963 Vanesse p. 577). Il est clair que dans ces hypothèses, elle est pratiquement seule à pouvoir apporter la preuve de l'existence de faits, dont l'inexistence serait au contraire extrêmement difficile à démontrer.

Dans le contentieux de la responsabilité, le juge a également dans certains cas renversé partiellement la charge de la preuve soit en créant des présomptions de faute, soit en substituant à la responsabilité pour faute une responsabilité fondée sur le risque. Dans les deux cas il appartient au demandeur d'établir l'existence d'un dommage (et parfois son caractère spécial lorsque la responsabilité est engagée sur le terrain du risque) et l'existence d'un lien de cause à effet entre ce dommage et une activité de l'administration, mais il est dispensé d'apporter la preuve d'une faute imputable à cette dernière, c'est en effet à celle-ci qu'il incombe, pour dégager sa responsabilité, soit de prouver qu'elle n'a pas commis de faute (en cas de présomption), soit qu'il y a eu force majeure ou faute de la victime. Au cours de ces dernières années le Conseil d'Etat a créé une nouvelle présomption de faute en admettant qu'un traitement médical qui provoque un effet différent de celui auquel il aurait dû normalement aboutir révèle de ce fait "un fonctionnement défectueux du service public de nature à engager la responsabilité de l'administration" (C.E. 7 mars 1958 Secrétaire d'Etat à la Santé Publique contre Dejous p. 153 — 13 juillet 1962 Ministre de la Santé Publique contre Lastrajoli p. 507). Il a de même ajouté de nouvelles hypothèses de responsabilité pour risque : il a étendu cette jurisprudence aux dommages provoqués à des tiers par des délinquants ou des malades mentaux traités suivant des méthodes modernes de rééducation ou de traitement qui en raison de leur caractère libéral créent des risques particuliers pour le voisinage (3 février 1956 Ministre de la justice contre Thouzellier p. 49 — 19 décembre 1969 Etablissements Delanoy p. 596 — 13 juillet 1967 Département de la Moselle p. 341), ainsi qu'aux dommages subis par un enfant dont la mère avait, durant sa grossesse, contracté la rubéole en raison de la contagion à laquelle elle était exposée du fait de ses fonctions d'institutrice (6 novembre 1968 Ministre de l'Education Nationale contre dame Seulze p. 550).

Le contentieux de la responsabilité offre des exemples très caractéristiques de la manière dont le juge apprécie la situation réelle des parties, leur rôle dans la survenance du litige, pour doser ses exigences de preuves. Ainsi lorsque le dommage a été provoqué par l'emploi d'armes à feu par les forces de police, la responsabilité est engagée sur le terrain de la faute lorsque la victime est l'une des personnes visées par l'opération de police (27 juillet 1951 dame Auberge et sieur Dumont p. 447), mais l'est sur le terrain du risque lorsque la victime est un tiers par rapport à cette opération (24 juin 1949 Consorts Leconte p. 307). De même en cas de dommages de travaux publics, la responsabilité est engagée sur le terrain du défaut d'entretien normal lorsque la victime est un usager ou un bénéficiaire de l'ouvrage ou du travail public, elle l'est sur le terrain du risque lorsqu'elle est un tiers par rapport à cet ouvrage.

En dehors de ces hypothèses où la preuve est en tout ou partie mise à la charge du dé-

fendeur, il appartient donc au demandeur d'apporter à l'appui de ses allégations des éléments de preuve suffisants pour établir le bien-fondé de ses prétentions. Mais en raison même du principe de l'intime conviction, l'importance et la précision de ces éléments peuvent varier en fonction des exigences du juge qui, suivant la ligne générale que nous avons rappelée plus haut, a alors tendance à alléger ou non la charge de la preuve en fonction de la part réelle prise par les parties dans l'origine du litige, des difficultés pratiques de preuve ou des inégalités de situation.

Ainsi, se montre-t-il d'une façon générale très exigeant lorsque c'est le demandeur qui a pris l'initiative de la modification des situations juridiques en invoquant le fait qu'il remplissait les conditions posées par la loi pour obtenir la reconnaissance d'un titre, l'octroi d'un avantage ou le bénéfice de certaines dispositions. Le juge attend alors naturellement de l'intéressé qu'il apporte la preuve qu'il réunit bien toutes les conditions exigées par la loi pour obtenir ce qu'il demande (18 février 1959 sieur Klein p. 127). Une jurisprudence constante en matière de pensions militaires d'invalidité affirme qu'en dehors des cas de présomption légale d'imputabilité au service, la preuve d'un lien direct et de cause à effet entre le service et une affection ne saurait résulter "ni d'une probabilité si forte soit-elle, d'une vraisemblance ou d'une hypothèse médicale, ni de présomptions fussent-elles graves, précises et concordantes" (C.S.C.P. 16 février 1966 sieur Biscay). La même exigence se retrouve lorsque le requérant a pris l'initiative de demander la modification d'un règlement en invoquant des changements de circonstances (Ministre de l'Agriculture contre Simonet 10 janvier 1964, p. 19).

Le juge a au contraire tendance à alléger la charge de la preuve lorsque pour une raison ou pour une autre, tenant soit à la nature du pouvoir exercé par l'administration, ou des griefs articulés à l'encontre de la décision, soit aux circonstances, le requérant se heurte à des difficultés particulières. Ainsi, dans le cas de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire peut-il se contenter de "présomptions sérieuses, précises et concordantes" (23 décembre 1966 sieur Jannès p.691). Comme nous l'avons déjà indiqué plus haut, c'est dans de telles hypothèses qu'il est le plus souvent tenté d'intervenir lui-même dans la recherche des preuves : dans l'affaire Barel, comme dans d'autres affaires (par exemple sieur Rioux 26 octobre 1960 p. 559 - sieur Enard 22 mars 1961 p. 202 - Ministre de l'Intérieur contre sieur Morny 22 avril 1966 p. 280), il a fondé son intervention sur ce que le requérant se prévalait à l'appui de ses allégations "de circonstances et de faits précis constituant des présomptions sérieuses". Dans la décision Société Maison Génestal précitée, il s'est fondé seulement sur ce que "compte tenu de l'argumentation développée par la société requérante" le motif invoqué par le ministre était "formulé en termes trop généraux pour permettre à la juridiction administrative d'exercer son contrôle".

La difficulté de preuve peut également provenir de la nature même du grief articulé. Ainsi en est-il lorsqu'il s'agit de démontrer que ce sont les intentions mêmes qui ont présidé à l'intervention de la décision qui sont entachées d'illégalité. Dans cette hypothèse "des présomptions graves, précises et concordantes" seront le plus souvent suffisantes : "considérant que des présomptions graves, précises et concordantes permettent de regarder comme établie l'existence de manoeuvres exercées par des membres du jury à l'égard des sieurs Sudaka et Lamas (ministre de l'Education nationale) contre sieurs Sudaka et Lamas 27 octobre 1967 p. 557). La réunion de certains éléments de fait suffit à prouver l'illégalité des mobiles (sieur Levy 23 décembre 1955 p. 608). Le juge facilite la preuve en autorisant ainsi le déplacement de l'objet de la preuve. Il agit de même en matière de détour-

nement de pouvoir : s'il exige qu'il soit établi et ne se satisfait pas de simples présomptions, il admet que la preuve peut résulter de faits postérieurs à la décision litigieuse (2 février 1957, Castaing p. 78).

La difficulté de preuve peut enfin résulter des circonstances particulières de l'affaire ; le juge en tient compte pour doser ses exigences. Dans un litige relatif à une demande de pension (Ministre des Finances contre sieur Nguyen-Quang du 27 mai 1970 p. 377), il a considéré que "la circonstance qu'une grande partie des archives militaires françaises en Indochine aient été détruites au cours d'événements de guerre ne saurait avoir pour conséquence de priver le sieur Nguyen-Quang de la possibilité de faire la preuve des services qu'il a accomplis et d'obtenir une pension militaire rémunérant les dits services; qu'à l'appui de sa demande de pension, le sieur Nguyen-Quang a produit diverses pièces et attestations qui font ressortir des présomptions suffisamment précises et concordantes pour qu'il puisse être regardé comme ayant effectivement appartenu à l'armée française... et comme ayant pu y acquérir des droits à pension". De même en matière de responsabilité pour faute se contente-t-il parfois de probabilités très fortes (Département de la Savoie 8 février 1950 p. 89 - époux Hébert 14 juin 1963 p. 364).

Mais au-delà de ces allègements plus ou moins importants, l'intervention du juge peut se traduire par ce que certains ont appelé "une neutralisation de la charge de la preuve" (Cf. notamment J.P. Colson op. cit.). A partir des allégations précises du requérant assorties ou non de commencements de preuve, le juge de l'excès de pouvoir, en dirigeant l'instruction, s'adresse "indifféremment à celle des parties dont il espère obtenir les éléments d'information qui lui font défaut" (Conclusions Galmot sur C.E. 22 avril 1966 — Ministre de l'Intérieur contre Morny et Ministre de l'Intérieur contre Tochou p. 584). "La question essentielle que se pose alors le juge administratif est beaucoup plus : de quoi dois-je être convaincu ? que l'interrogation habituelle : qui doit prouver ? " (J.P. Colson op. cit. p. 151). Certes dans cette recherche de la vérité, c'est à l'administration que le juge s'adresse le plus souvent, et certains voient là un transfert de la charge de la preuve au défendeur (Denoux de Saint Marc et Labetoulle op. cit. p.90), mais en réalité il ne fait que s'adresser à la partie qui est souvent la mieux à même de lui répondre. Au cours de l'instruction il a tendance à négliger le problème de la charge de la preuve et à chercher à établir sa conviction par les moyens dont il dispose. Ce n'est que si l'instruction ne lui permet pas d'aboutir à une certitude, qu'il fait peser le risque de cette incertitude sur la partie qui a la charge de la preuve, charge qui ne joue alors qu'un rôle résiduel : dans ce cas il considère que le demandeur — ou le défendeur — n'établit pas... dans le cas inverse, il considère qu'il résulte ou non de l'instruction...

Si cette neutralisation est surtout manifeste en excès de pouvoir, elle n'est pas non plus absente du contentieux de la responsabilité où le juge a aussi tendance à chercher à établir sa conviction au vu de l'ensemble des pièces du dossier et de l'attitude de chacune des parties et à ne faire peser le "risque de la charge de la preuve", qu'en cas de doute, plutôt que d'attendre de l'une ou de l'autre des parties une démonstration complète du bien-fondé de ses prétentions. Ainsi dans ses conclusions sur l'affaire Epoux Hébert précitée, le commissaire du Gouvernement Méric constatait : "les règles relatives à l'administration de la preuve doivent ici se combiner avec le caractère contradictoire du débat : si le demandeur a fourni la preuve d'un fait positif important dans le sens de sa thèse, cette preuve crée une présomption favorable à cette thèse, présomption qu'il ap-

partient au défendeur de détruire. Nous pensons que telle est bien la portée de votre jurisprudence relative à l'administration de la preuve, du moins dans les matières où cette preuve est difficile à rapporter. Partant d'un élément fourni par le demandeur, il vous arrive de reconstituer la chaîne à partir de ce fait comme notre collègue Cuvier, avec quelques os brisés, recréait le squelette entier...". L'arrêt précité Ministre de l'Education Nationale contre sieur Warembourg par lequel le Conseil d'Etat a, au vu des prétentions contraires des parties, ordonné une visite sur les lieux pour se prononcer sur l'existence et l'importance du dommage est une illustration de cette tendance.

*

* *

Toutefois cette évolution de la jurisprudence qui tend à adapter les exigences de preuve à ce qui peut être raisonnablement demandé à chacune des parties et à réduire finalement les effets artificiels du jeu des règles de preuve à la fois sur l'issue du litige et sur l'étendue du contrôle du juge se heurte à certains comportements et à certaines tendances contraires, qui tiennent aussi bien à la réserve que le juge administratif manifeste encore à l'égard des procédés de vérification qu'à son souci de laisser dans certains domaines des pouvoirs assez larges à l'administration.

On peut d'abord regretter que pour résoudre un litige le juge se laisse parfois encore trop aisément séduire par les facilités que lui donnent les mécanismes de la charge de la preuve. Compte tenu des moyens dont il dispose, de l'étendue de ses pouvoirs d'investigation, il ne semble pas satisfaisant qu'il puisse se contenter pour trancher un différend, de considérer que les allégations d'une des parties ne sont pas contestées, si par ailleurs il lui est possible, par une mesure d'instruction de vérifier la pertinence de ces allégations. Il devrait, dans tous les cas où il peut utilement demander à l'administration de produire un dossier pour s'assurer du bien-fondé des affirmations du requérant, renoncer à cette solution de facilité, qui n'est pas de bonne justice. L'expérience prouve en effet que des allégations non contestées peuvent en fait être inexactes.

D'une façon générale il faut aussi déplorer le manque d'enthousiasme et le manque d'imagination que le juge marque dans l'utilisation des procédés de vérification. Trop souvent soit par insuffisance de temps ou de moyens, soit par habitude, il se contente de juger au vu des pièces du dossier, et répugne à ordonner une mesure d'instruction supplémentaire. Malgré l'évolution que nous avons décrite, les critiques qui lui sont portées à cet égard restent, dans une large mesure, justifiées. Or cette réserve n'a pas seulement pour effet de faire peser plus lourdement le fardeau de la preuve sur la partie à laquelle il incombe, elle a également des conséquences directes sur l'étendue du contrôle effectué par le juge.

Ces inconvénients se manifestent en particulier dans des domaines où les décisions administratives reposent sur des appréciations d'ordre technique. Il arrive alors que confronté à la technicité des questions qui lui sont soumises, le juge "décide spontanément, de retrancher sur le degré de précision et de finesse de ses investigations en refusant alors de faire porter ses vérifications sur le bien-fondé des appréciations auxquelles l'administration s'est livrée pour l'application d'une condition légale" (Conclusions de Me

Baudouin — 11 juillet 1969 sieur Lévrier A.J.D.A. p. 633), plutôt que de rechercher des procédés d'investigation adaptés qui lui permettraient d'exercer normalement son contrôle sur la qualification juridique des faits. Une telle attitude ne saurait se justifier que dans le cas où aucune expertise, aucun avis d'organisme ou de personnalités compétentes, aucune investigation ne peut permettre au juge de vérifier utilement et raisonnablement ces appréciations d'ordre technique, scientifique ou professionnel que le législateur en fixant une condition légale l'invite à contrôler. On peut donc douter que tel fut réellement le cas lorsque le juge a refusé de contrôler l'appréciation faite par l'administration sur le degré de toxicité d'une lotion capillaire (27 avril 1951 Société Tony p. 236), sur la nocivité de l'emploi de certains stabilisateurs dans la fabrication des crèmes glacées (6 novembre 1963 Société Iranex p. 523) ou sur le point de savoir si un agrégé de médecine d'hydrologie, titulaire d'une chaire d'hydrologie et de climatologie, pouvait être qualifié de professeur ou d'agrégé de thérapeutique (29 novembre 1968 Debray p. 610), ou si le licenciement d'un délégué du personnel ou de membres du comité d'entreprise devait être ou non autorisé (S. 30 juin 1950 Guéralt p. 413).

Il est vrai que dans certains domaines et notamment en matière de remembrement rural (sieur Lévrier précité), le juge administratif contrôle aujourd'hui ce qu'il affirmait hier ne pouvoir contrôler pour des raisons techniques. Mais on ne peut que souhaiter que le juge se montre en la matière moins réservé, et ce d'autant que comme le remarquait Mr Baudouin dans ses conclusions précitées : "la liste des cas où le contrôle juridictionnel se trouve bridé par des bornes spéciales marque une tendance constante à grossir devant le flot montant des délégations de pouvoir discrétionnairement consenties à l'autorité administrative, notamment dans le domaine économique, auquel s'ajoute l'influence subreptice de la pénétration progressive des techniques scientifiques dans le processus d'intervention de la puissance publique".

Dans le même sens, dans un article intitulé "à propos des taxes parafiscales et de l'organisation des marchés" publié à l'A.J.D.A. 1969 p. 465, Madame Questiaux et Monsieur Théry, après avoir noté que le contrôle par le juge de la légalité du principe de l'institution d'une taxe parafiscale pour régulariser un marché agricole risquait d'être sans effet s'il n'était pas accompagné d'un contrôle sur le taux de la taxe, en raison des effets que ce taux peut, suivant son niveau, avoir sur la structure même du marché, invitaient le juge à faire davantage usage dans ce but de ses pouvoirs d'investigation : "il doit en particulier être informé à propos d'un cas donné du sort fait aux autres et pouvoir situer la mesure qui lui est directement déférée dans le contexte des autres interventions de l'Etat sur le marché considéré. Il doit demander à l'administration systématiquement de justifier que l'atteinte portée à la concurrence et à l'égalité répond à un objectif précis qu'elle est à même de définir. Il doit pouvoir au besoin recourir à des avis techniques d'organismes tels que la Commission des Ententes. De par sa fonction le juge administratif n'est pas désarmé pour contrôler les appréciations faites par l'administration en cette matière; il a affirmé sa volonté d'exercer ce contrôle. Il est seul à même de remédier au risque d'arbitraire omniprésent dans ce domaine parce que par ses pouvoirs d'instruction, il peut obtenir une information d'ensemble à laquelle le justiciable isolé n'a pas accès ; il lui appartient seulement d'user de ces pouvoirs".

Dans d'autres hypothèses, l'attitude du juge semble ne pouvoir être expliquée que par son souci de laisser dans certains domaines des pouvoirs plus larges à l'administration.

A cet effet, il peut faire peser tout le poids de la charge de la preuve sur le requérant et s'abstenir d'intervenir, ou bien se montrer plus exigeant sur l'importance et la qualité des commencements de preuve pour se décider à participer à la recherche des preuves.

Ainsi en matière de remembrement rural, alors que l'article 19 du Code Rural prévoit que "le remembrement a pour but exclusif d'améliorer l'exploitation agricole des biens qui y sont soumis. Il doit tendre à constituer des exploitations rurales d'un seul tenant ou à grandes parcelles bien groupées. Le nouveau lotissement doit rapprocher des bâtiments d'exploitation les terres qui constituent l'exploitation rurale", le juge saisi de conclusions tendant à l'annulation d'une opération de remembrement au moyen que ces dispositions auraient été violées, exige non seulement que le requérant lui en apporte la preuve, mais encore qu'il lui prouve que cette opération a eu pour effet d'éloigner l'ensemble des parcelles des bâtiments d'exploitation et d'aggraver les conditions de l'exploitation (15 juillet 1964 Dame veuve Denis p.404 — 11 juillet 1969 sieur Lévrier p.374). On ne voit pas d'autres explications à cette imputation de la charge de la preuve au requérant, alors que la loi a fixé des conditions légales à l'exercice de ce pouvoir et à cette modification de l'objet de la preuve que le souci du juge d'assurer à l'administration une certaine marge de manoeuvre dans la réalisation d'opérations souvent complexes.

De même en matière de responsabilité "c'est pour tenir compte des conditions particulières où le service public a dû fonctionner que la jurisprudence subordonne (dans certains cas) à une faute lourde commise par ce service le droit à réparation des victimes de dommages imputables à ce fonctionnement" (Pdt Odent op. cit. p. 1104) ainsi en est-il notamment pour qu'une activité matérielle de police puisse mettre en jeu la responsabilité de l'administration (18 janvier 1963 — Ministre de l'Intérieur contre Lajoie p. 37 — 23 mai 1958 Consorts Amoudruz p. 301). Il appartient donc au requérant de prouver non seulement l'existence d'une faute mais en plus que cette faute présente une certaine gravité.

Sans doute, est-ce surtout par l'affirmation du caractère discrétionnaire du pouvoir de l'administration que le juge assure cette marge de manoeuvre lorsqu'il l'estime nécessaire et que la loi ne l'en empêche pas en fixant des conditions légales trop précises. Ainsi par exemple bien que l'article 4 de la loi du 18 avril 1955 ait prévu que l'acte déclaratif d'utilité publique pouvait seulement dans des cas exceptionnels décider que l'exploitation d'une autoroute serait concédée, le juge n'a pas craint d'affirmer "que l'opportunité de cette décision ne saurait être discutée devant le juge de l'excès de pouvoir" (Groupement de Défense des riverains de la route de l'Intérieur 30 juin 1961). Il en est de même en matière de mesures de police prises à l'égard des étrangers (22 avril 1955 Association Franco-Russe dite Rousky Dom p. 202) ou de mesures d'internement administratif et d'assignation à résidence (Ministre de l'Intérieur contre Livet 13 novembre 1964 p. 5349 ; sieur Tochou 22 avril 1966 p. 279). Mais cette liberté de manoeuvre résultant de l'affirmation du caractère discrétionnaire du pouvoir en cause va être renforcée par l'application normale des règles de preuve dégagées par la jurisprudence. En effet alors que, comme nous l'avons vu, le juge a tendance à demander à l'administration de se justifier lorsqu'il estime que le législateur a fixé des conditions légales à l'exercice de son pouvoir, la charge de la preuve incombe au contraire au requérant dans le cas d'un pouvoir discrétionnaire (22 avril 1955 Association Franco-Russe dite Rousky Dom précitée).

Ainsi en raison de ces cumuls, le requérant peut se trouver sur le plan de la preuve dans des situations extrêmement différentes, alors même que les pouvoirs en vertu desquels ont été prises les décisions litigieuses sont, de nature, très semblables.

L'évolution de la jurisprudence en matière d'interventionisme économique est à cet égard très significative. "Pendant longtemps la jurisprudence semble avoir tacitement admis qu'il y avait une incompatibilité générale entre ces principes (principes de la liberté du commerce et de l'industrie et de l'égalité de traitement) et l'interventionisme économique dont l'objet est d'y porter atteinte. Dès lors, à partir du moment où un secteur d'activité économique a été réglementé par l'Etat, ces principes ne pourraient plus être invoqués et les atteintes qu'y porterait ultérieurement l'administration continueraient à bénéficier d'une présomption de légalité, les administrés devant apporter la preuve de leur caractère non justifié" (J. Delmas — Marsalet "le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat" in "études et documents du Conseil d'Etat 1969" p. 149). Ainsi était-ce par exemple au requérant d'apporter la preuve que la mesure, prise en violation du principe de l'égalité de traitement dont il était victime était intervenue dans un but autre qu'un but d'intérêt général dont il appartenait à l'administration de tenir compte dans l'application de la législation en matière économique" (Société Léon Claeys et Léon Claeys 23 mars 1956 p. 134). C'est dire qu'en fait ce genre de recours était rarement admis. Mais depuis une dizaine d'années "la jurisprudence tend à admettre qu'il ne peut être porté à ces principes que des atteintes justifiées", et c'est dès lors à l'administration qu'il incombe d'établir qu'elles le sont (25 janvier 1967 Syndicat National des Importateurs Français des produits laitiers et des alcools p. 41). Il y a eu là à la fois précision d'une condition légale et renversement de la charge de la preuve.

*

*

*

Cette évolution jurisprudentielle illustre bien la corrélation qui existe entre l'élargissement du contrôle du juge et la libéralisation du régime des preuves, mais elle marque aussi leurs rôles respectifs : moins qu'une condition du développement du contrôle du juge, la libéralisation du régime des preuves en est à la fois un moyen et une conséquence. Le constater n'est qu'affirmer sous une autre forme la maîtrise du juge administratif sur le régime de la preuve.