Madame la présidente de la cour administrative d’appel, Mesdames, Messieurs,

Je vous remercie Madame la présidente de me donner l’occasion et le redoutable honneur d’intervenir en la solennelle circonstance de la rentrée de votre cour, sur un thème qui marque les liens étroits entre les juges administratifs et les juges judiciaires, liens étroits dont témoigne remarquablement la composition de cette assemblée.

Il me revient donc d’évoquer devant vous une juridiction qui ne fait pas parler d’elle et dont effectivement on parle peu : le Tribunal des conflits. Non pas qu’il n’y a rien à en dire mais parce qu’il s’agit d’une juridiction peu connue et dont les décisions n’ont aucune attractivité médiatique car il ne s’y juge pas des débats de société ou des affaires à fort retentissement. Toutefois, certaines de ses décisions intéressent des cercles restreints d’initiés attentifs à la grande distinction droit public/administratif et droit privé. En réalité, la singularité de cette juridiction tient au fait que le fond de l’affaire n’est pas l’enjeu de l’instance devant le TC, la solution du litige n’est pas la matière du « procès » devant le TC et il n’existe pas véritablement un contentieux entre les personnes  ceci explique d’ailleurs le relatif effacement des parties dans l’instance devant le TC. Ce qui est en jeu, devant le TC, c’est l’organisation juridictionnelle et la répartition de compétences entre les deux ordres. Tout bien considéré, on pourrait dire que le TC est une juridiction qui juge de la régulation des compétences, en bref une sorte de poste d’aiguillage, si la réalité n’était pas un peu plus complexe.

En effet, le Tribunal des conflits, juridiction relativement récente qui est d’ailleurs née deux fois, une première fois en 1848, pour disparaître très vite en 1852, et une seconde fois, sinon pour l’éternité, du moins de manière pérenne, par la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d’État, est issu de l’existence de deux ordres de juridictions, l’ordre judiciaire et l’ordre administratif. Sa raison d’être réside dans la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor An III, qui posent le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires et, partant, inscrivent la dualité juridictionnelle dans notre ordonnancement juridique, étant rappelé que jusqu’en 1872, il appartenait au Conseil d’État d’assurer la répartition des compétences entre les deux ordres lorsqu’une affaire présentait une difficulté d’attribution, soit que chaque ordre revendiquait (conflit positif) ou déclinait sa compétence (conflit négatif).

Les textes fondateurs du Tribunal des conflits traduisaient son origine et sa vocation : en effet, ils prévoyaient que le TC était présidé par le garde des Sceaux, ministre de la justice, et composé de trois conseillers d’État et de trois conseillers à la Cour de cassation ainsi que de deux membres élus à la majorité des six premiers, tous choisissant parmi eux le vice-président et la composition étant fixée pour trois ans. Ainsi, on voit les caractéristiques du TC : le paritarisme entre les conseillers d’État et les conseillers à la Cour de cassation, la présidence par le garde des Sceaux, personnage évidemment politique, protecteur de l’administration.

Ce qui est notable, c’est que, avant la réforme issue de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015, hormis une loi de 1932 qui avait donné compétence au TC pour trancher le litige au fond en cas de contrariété de décisions entre les deux ordres conduisant à un déni de justice et un décret du 25 juillet 1960 qui avait donné la possibilité d’une saisine directe du TC par le Conseil d’État et la Cour de cassation en cas de difficulté sérieuse de compétence dans une affaire qui leur était soumise, les textes qui régissaient l’organisation et le fonctionnement du TC depuis son origine ainsi que le déroulement de la procédure n’avaient connu aucune évolution ni adaptation, alors que dans le même temps, la justice administrative et la justice judiciaire ont fait l’objet de réformes importantes, sous l’influence de nouvelles conceptions des relations entre les justiciables et les tribunaux et de la prise en compte des exigences constitutionnelles et européennes contemporaines.

Dans ce contexte d’immobilisme, de fortes critiques se sont élevées à l’encontre des dispositions régissant le TC :

* D’abord, la présidence de la juridiction par le garde des Sceaux, ministre de la justice, apparaissait contraire à tous les principes gouvernant l’organisation judiciaire dans un État démocratique. Certes, la pratique institutionnelle avait fait que le garde des Sceaux n’assurait effectivement la présidence que pour départager les membres du Tribunal lorsqu’une majorité n’avait pu se dégager en faveur d’une solution (la dernière fois qu’il a présidé, il s’agissait de Monsieur Toubon, en 1997, la décision avait été suivie de la démission d’un membre, conseiller à la Cour de cassation : il s’agissait de la contestation, devant le juge des référés judiciaire, de la décision de l’autorité administrative de refus d’entrée sur le territoire national et de maintien à bord d’un navire sur lequel ils étaient venus, de deux passagers de nationalité marocaine : le préfet ayant contesté la compétence judiciaire, le juge des référés avait rejeté le déclinatoire de compétence en considérant que l’administration avait commis une voie de fait : le TC a confirmé l’arrêté de conflit du préfet et estimé qu’il n’y avait pas voie de fait dans la mesure où la décision administrative critiquée n’était pas insusceptible d’être rattachée au pouvoir de l’administration de procéder à l’exécution forcée des décisions d’éloignement et de refus d’entrée sur le territoire national, et que, par conséquent, la juridiction administrative était seule compétente pour se prononcer sur la contestation de la décision administrative).

Mais, même ainsi limitée, la présidence par le garde des Sceaux apparaissait anachronique, comme un vestige de la justice retenue et d’une époque où il s’agissait essentiellement de protéger l’administration contre les empiètements du juge judiciaire. De plus, la participation d’un ministre à une activité juridictionnelle était contraire au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires et au principe d’indépendance des juridictions et comportait le risque d’une interprétation politique de la décision ou d’un soupçon de partialité (ex. : quand un autre ministre fait l’objet d’un contentieux : un ministre de l’intérieur pour des propos susceptibles de constituer une atteinte à la présomption d’innocence), en même temps qu’elle était paradoxale puisqu’elle aboutissait à faire trancher une question juridique, a priori délicate, par une personnalité politique qui n’était pas nécessairement un juriste confirmé ;

* Ensuite, sur fond de contestation du dualisme juridictionnel, on voyait dans le TC un échelon procédural supplémentaire, générateur de complexité pour le justiciable et de délai pour le jugement de l’affaire.

C’est ainsi que Mme Taubira, alors garde des Sceaux, a confié à une commission la mission d’élaborer un projet de réforme du TC, initiative qui devait déboucher sur la loi du 16 février 2015.

Les grandes lignes de la réforme sont :

* L’éviction du garde des Sceaux comme président, la présidence étant désormais assurée par un membre élu en leur sein par les autres membres, en alternance, un conseiller d’État et un conseiller à la Cour de cassation.
* Le maintien du paritarisme dans la composition ordinaire du TC : quatre conseillers d’État et quatre conseillers à la Cour de cassation.
* La résolution des cas de partage par une extension de la composition ordinaire et, après une seconde délibération, la réunion d’une formation élargie, avec deux conseillers d’État et deux conseillers à la Cour de cassation supplémentaires, désignés dans les mêmes conditions que les membres habituels (rareté des cas de partage : 11 en 145 ans – une composition élargie écartant le risque d’un nouveau partage).
* La possibilité offerte à toutes les juridictions de saisir le TC en cas de difficulté sérieuse d’attribution de compétence : gain de temps pour les justiciables.
* Possibilité pour le président, avec la co-signature d’un membre de l’autre ordre (paritarisme oblige), de statuer par ordonnance dans les cas où la solution est évidente.

La réforme a porté ses fruits : Pour l’année 2018, le nombre d’affaires enregistrées s’est élevé à 38 (39 en 2017) ; le nombre de décisions à 40, dont 13 ordonnances. Ces statistiques font d’ailleurs justice du procès fait au dualisme juridictionnel.

Pour autant, les critiques n’ont pas désarmé, stimulées par la contestation récurrente de la dualité de juridictions qui emporte évidemment la suppression du TC. En effet, à l’époque du « dégagisme », certains prônent la suppression du ministère de la justice et du Conseil d’État, et, par voie de conséquence celle du TC. La dualité juridictionnelle pose certes des difficultés : ex. : l’affaire du Médiator : le Conseil d’État a jugé que la responsabilité de l’État pouvait être retenue mais qu’elle n’est que partielle 🡺 les victimes devront saisir le juge judiciaire pour obtenir une réparation intégrale de leurs préjudices. Mais ces difficultés ne sont certainement pas insurmontables.

Il est significatif d’observer que les réserves à l’égard du TC émanent surtout de l’ordre judiciaire. A cet égard, en tout cas jusqu’à maintenant, j’ai pu constater la différence d’approche du CE et de la Cour de cassation lors du renouvellement de la formation de la juridiction : le CE désigne les conseillers d’État les plus chevronnés, à savoir les présidents adjoints de la section du contentieux ou des présidents de chambre. La Cour de cassation désigne les magistrats qui ont présenté leur candidature, spontanée ou suscitée, qui ne sont donc pas nécessairement les plus anciens ni les plus motivés. On peut noter le peu d’appétence des magistrats judiciaires pour une matière, le droit public, dont ils ne sont pas familiers, générant le sentiment que leurs voix pèseront donc moins dans le délibéré, sentiment accentué par l’usage d’une procédure juridictionnelle administrative et par le fait que le TC siège dans les locaux du CE (*à l’origine d’un état d’esprit analogue à celui de ces équipes dont les performances varient selon qu’elles jouent à l’extérieur ou à domicile*), étant aussi relevé que la tâche s’ajoute à une charge de travail souvent très lourde. Certains en ont déduit que la jurisprudence du TC était davantage en faveur de la compétence administrative : ils en ont vu un exemple flagrant d’atteinte au champ de compétence du juge judiciaire, voire un recul de la protection des droits des justiciables, dans la décision TC, 17 juin 2013, *Bergoend* qui a restreint la compétence du juge judiciaire en redéfinissant les contours de la voie de fait (une définition classique de la voie de fait, qui a pour effet de donner plénitude de juridiction à la juridiction judiciaire : « *il n'y a voie de fait justifiant, par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, que dans la mesure où l'administration, soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant une atteinte grave au droit de propriété ou à une liberté fondamentale, soit a pris une décision ayant l'un ou l'autre de ces effets à la condition toutefois que cette dernière décision soit elle-même manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative* » 🡺 qualifiée par le professeur Chapus de « folle du logis » en raison de l’usage abusif qu’en ont fait certains juges judiciaires, cette définition a donné lieu à des interprétations diverses et parfois surprenantes : ex. décision de rétrograder un club de football en 2ème division. 🡺 nouvelle définition plus précise : « *il n'y a voie de fait de la part de l'administration, justifiant, par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire pour en ordonner la cessation ou la réparation, que dans la mesure où l'administration soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant atteinte à la liberté individuelle ou aboutissant à l'extinction d'un droit de propriété, soit a pris une décision qui a les mêmes effets d'atteinte à la liberté individuelle ou d'extinction d'un droit de propriété et qui est manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative* ». Cette nouvelle définition est en parfaite cohérence avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui ne reconnaît une compétence exclusive du juge judiciaire que pour la protection de la liberté individuelle (habeas corpus, les atteintes aux autres libertés fondamentales pouvant pareillement être soumises au juge administratif). Mais on mesure les réticences que suscite cette nouvelle définition au regard de la malencontreuse décision de la cour d’appel de Paris dans cette triste affaire Vincent Lambert, décision heureusement censurée par la Cour de cassation qui s’est conformée à la position du TC (la cour d’appel avait cru discerner une voie de fait dans le refus de l’État d’exécuter la demande de suspension de l’arrêt des traitements émanant du comité des droits des personnes handicapées, alors que la mesure provisoire demandée par le comité n’avait aucun effet juridique obligatoire).

Pourtant, le TC ne justifie pas ces inquiétudes et encore moins les polémiques :

D’abord, au sein de la formation, se déroulent des échanges riches et fructueux entre juges administratifs et judiciaires, dans un respect mutuel et dans le souci d’une politique jurisprudentielle cohérente pour la mise en œuvre du dualisme juridictionnel, davantage marquée par la recherche de l’intérêt du justiciable que par la volonté de préserver des territoires, encore moins de faire des conquêtes.

A cet égard, il y a lieu de préciser que les décisions se veulent souvent pédagogiques, comportant une motivation à l’usage des juridictions des deux ordres pour leur donner le mode d’emploi : ainsi, à titre d’exemple, une décision de 2012 dessine au scalpel la ligne de partage des compétences dans les contentieux portant sur l’implantation et l’enlèvement des antennes relais de téléphonie mobile et sur l’indemnisation pouvant résulter de leur installation et de leur fonctionnement (distinction entre les décisions constituant la mise en œuvre de la police spéciale des communications électroniques relative à la protection de la santé publique et au fonctionnement optimal des réseaux ainsi qu’à l’utilisation des fréquences, d’une part, et les litiges opposant un opérateur à des usagers ou tiers aux fins d’indemnisation des dommages causés par l’implantation ou le fonctionnement d’une station radioélectrique ou par des troubles anormaux de voisinage). De même, une décision récente qui désigne l’ordre judiciaire compétent pour connaître d’un litige né de l’exécution d’une convention par laquelle un syndicat mixte ou un établissement public de coopération intercommunale chargé du service public de la collecte et du traitement des déchets ménagers s’est engagé à collaborer à la collecte séparée des déchets ménagers de produits chimiques dangereux pour la santé et l’environnement et à les remettre contre rémunération à un éco-organisme chargé de gérer ces déchets pour le compte des producteurs.

De même, pour simplifier le parcours des justiciables, le TC s’attache à clarifier des notions : ainsi, comme cela a été dit, les précisions apportées à la définition de la voie de fait pour prévenir la tendance à donner de cette notion une définition extensive.

De même encore, pour prévenir les difficultés d’orientation des contentieux, le TC s’efforce, dans toute la mesure du possible de créer des « blocs de compétence » pour attribuer à l’un des deux ordres un type de contentieux. Il s’attache aussi à permettre aux juridictions des deux ordres d’avoir, autant que possible, une plénitude de compétence, dans le respect de l’unité de l’ordre juridique : ainsi la décision du 17 octobre 2011, SCEA Le Chéneau, relative à l’appréciation de la légalité d’actes réglementaires rendant obligatoires des cotisations versées en application d’accords interprofessionnels, qui dément d’ailleurs le soupçon d’une jurisprudence favorable au juge administratif : elle redéfinit les contours de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions en ce qui concerne l’appréciation de la légalité d’un acte réglementaire par le juge judiciaire. Plus généralement, dès lors qu’elle doit se lire et s’interpréter de manière réciproque, elle remodèle cette répartition de compétences en ce qui concerne la possibilité pour l’ordre de juridiction saisi au principal de statuer sur une question accessoire dont dépend la solution du litige qui lui est soumis, et, à cet égard, en définitive, elle tend incontestablement à réaménager le domaine des questions préjudicielles et à en réduire la nécessité. Si le Tribunal confirme la compétence de principe du juge administratif pour examiner la légalité d’un acte administratif, contestée, par voie d’exception, devant le juge judiciaire saisi à titre principal, et l’obligation pour celui-ci de poser une question préjudicielle, sous réserve que la question soit sérieuse, il énonce que, par exception à ce principe, le juge saisi à titre principal peut, en cas de contestation de la légalité ou de la validité d’un acte dont dépend la solution du litige, déroger à l’obligation de poser une question préjudicielle à l’autre ordre de juridiction, même en présence d’une difficulté sérieuse, lorsque la jurisprudence établie de cet autre ordre de juridiction permet d’accueillir la contestation. On voit que cet assouplissement de la doctrine antérieure réalise une extension de compétence de la juridiction saisie au principal puisque, alors que dans le régime antérieur, le constat d’une difficulté sérieuse obligeait au renvoi préjudiciel pour que le juge naturel se prononce, maintenant un tel constat n’emporte pas nécessairement un tel renvoi dès lors qu’une jurisprudence établie donne d’ores et déjà la réponse et autorise cette juridiction compétemment saisie du principal à écarter l’acte contesté. Ainsi, une « réponse préjudicielle anticipée » par une jurisprudence établie dispense de poser la question.

La jurisprudence du TC s’inscrit incontestablement dans un mouvement tendanciel plus large de rapprochement des cultures juridictionnelles, impulsé par la Convention européenne des droits de l’homme et par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, en ce qui concerne la notion de « procès équitable » et ses déclinaisons, le délai raisonnable, l’égalité des armes, etc…, et l’accès au juge ou l’accessibilité et la lisibilité du droit.

En conclusion, je voudrais souligner que le fonctionnement du TC est incontestablement empreint du souci de la sécurité juridique, de bonne administration de la justice et de facilitation de l’accès au juge (le nombre restreint de saisines du TC démontre que la dualité d’ordres de juridiction et la répartition des compétences entre eux ne constituent pas un problème majeur de notre organisation judiciaire). La vocation du TC n’est pas d’assurer la prééminence d’un ordre de juridiction sur l’autre mais d’assurer le dialogue des juges judiciaires et administratifs et de favoriser l’harmonisation de l’application du droit dans l’intérêt des justiciables.

Le système de justice doit certes être global. Il peut être pluriel au sein d’un ordre juridique unique. Comme l’a dit Albert Camus, l’unité n’est pas l’écrasement des différences mais l’harmonie des contrastes.