

« La preuve et la justice administrative française »¹,
par Caroline Foulquier sous la direction du professeur émérite Jean-Arnaud Mazères
(Résumé)

Thèse honorée du prix de thèse de l'Association française pour la recherche en droit administratif

La preuve est familière. Elle est conçue comme « nécessaire » à tout effort de recherche soucieux de s'approcher un tant soit peu de la « vérité ». Elle est utile. On la rencontre dans les sciences, dans le droit, en histoire, ou encore dans la vie quotidienne. Elle est mystérieuse. Sa définition ne se laisse pas facilement cerner, et son rapport à la vérité est tributaire de nombreuses conditions à la fois externes (finitude des facultés humaines pour la science, bonne foi des justiciables pour la justice, etc.) et internes (la preuve est à la fois l'action de prouver et le résultat de cette action).

Le rôle de la preuve en droit ne paraît en rien extraordinaire. Pourtant, elle comprend des caractéristiques et des applications particulières. Le travail est toutefois limité ici puisqu'il s'agit de cerner la preuve en droit administratif, et plus restrictivement encore, la preuve dans le contentieux administratif.

En réalité, la définition de la preuve juridique ou judiciaire² est la plus difficile à cerner parce que ses caractères empruntent aux modèles de la preuve philosophique et de la preuve scientifique certaines de leurs propriétés.

La définition de la preuve recouvre ainsi deux éléments : soit la preuve procède du raisonnement soit du constat. Il y aurait donc la preuve que l'on apporte comme un fait à constater et celle que l'on apporte à l'aide d'arguments, de raisonnements fondés sur la logique, le probable, le normal, etc. Prouver est donc une opération qui consiste à construire une démonstration soit logique, soit expérimentale. Or, pour parler du résultat de cette action de prouver, le langage nous renvoie au même mot : la preuve. La compréhension n'est donc pas facilitée par le langage courant. La preuve c'est, selon la conception courante, le fait, l'exemple qui lève le doute sur une proposition, une hypothèse, voire qui démontre une vérité. En droit, prouver peut consister à déposer auprès d'un tribunal un document attestant d'une propriété mais il peut s'agir aussi d'une simple argumentation en l'absence de preuve écrite ou matérielle. La preuve relève alors du raisonnement et donc du discours en faisant appel à la logique, au sentiment, ou encore à la normalité. On voit donc apparaître un problème important de langage : lorsqu'on emploie le terme preuve, on suggère à la fois l'élément probant, mais également le raisonnement probatoire ou le résultat de ce raisonnement c'est-à-dire la conviction elle-

¹ Thèse soutenue à l'Université Toulouse I Capitole le 6 décembre 2008 devant un jury composé de Madame le professeur Jacqueline Morand-Deville (Rapporteur), Monsieur Philippe Belaval, conseiller d'Etat, et Messieurs les professeurs Bernard Pacteau (Rapporteur), Xavier Bioy (Président) et Jean-Arnaud Mazères (Directeur de thèse).

² Bien souvent, les expressions « preuve judiciaire » et « preuve juridique » sont employées indistinctement. La preuve juridique fait référence à une notion de preuve propre au droit dans toute sa généralité. Au contraire, la preuve judiciaire signifie la preuve devant le juge. C'est la preuve intégrée dans le temps contentieux.

même. Il faut pourtant bien distinguer les trois définitions pour pouvoir mieux comprendre le rôle de la preuve dans le jugement.

Il se dégage alors de l'ensemble de ces définitions trois fonctions de la preuve qu'il faudra départager : la preuve comme moyen de connaître, la preuve comme moyen de convaincre et la preuve comme garantie de l'application de la règle de droit (et donc de garantie de la paix sociale).

La preuve se rencontre dans tous les contentieux d'ordre juridique. En revanche, chaque branche juridique a son système de preuve. Le contentieux administratif est souvent présenté comme spécifique sur ce plan. Plusieurs éléments sont principalement évoqués pour caractériser la preuve en droit administratif français : l'origine prétorienne du régime de la preuve et la spécificité de la recherche et de l'appréciation de la preuve dans ce droit. Il y a également le fait que la preuve en droit administratif s'illustre par l'inégalité entre les parties³, par les secrets administratifs faisant obstacle à la preuve⁴, le caractère inquisitoire de la procédure⁵ et le rôle d'administrateur du juge administratif français⁶.

On en vient alors à évoquer l'intérêt d'analyser la preuve dans le contentieux administratif. Au-delà du questionnement sur la nature de la preuve et sur ses effets, il y a des applications concrètes. Les interrogations philosophiques demeurent actuelles (la preuve de la causalité par exemple ne laisse pas de susciter des vocations universitaires et les passions jurisprudentielles), mais les applications du régime de preuve sont évolutives. Le sujet implique une réflexion sur la pratique et sur la théorie de la preuve. L'intérêt d'un travail sur la preuve juridique est qu'il permet de s'interroger sur la preuve de manière générale et de rechercher des influences ou des interactions entre des disciplines différentes du droit et celui-ci. La théorie de la preuve est bien plus large que le domaine du droit, mais l'apport du droit à la pensée de la preuve est immense⁷.

Les questions concernant la preuve sont en général relatives à son objet et à sa charge. Ici on ne cherche pas à faire une synthèse des règles de droit en matière de preuve mais plutôt à comprendre la preuve en tant qu'elle est un élément des décisions juridictionnelles.

De plus, si la fonction la plus souvent invoquée de la preuve est celle, presque intuitive pour tous, de la connaissance, il conviendra de savoir si la preuve est dictée par un souci d'établissement de la vérité ou un souci de rendre une situation plus juste. La séparation de l'action et de la connaissance est fondamentale aux yeux des philosophes. Les théoriciens du droit ont largement adopté cette séparation. Or ces deux figures de l'essence humaine ne se rencontrent-elles pas dans l'activité judiciaire ? C'est ce que la preuve en droit administratif peut nous aider à entrevoir.

³ J.-P. Colson, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, L.G.D.J., 1970, p. 10.

⁴ A. Plantey et F.-C. Bernard, *La preuve devant le juge administratif*, Economica, 2003, p. 116.

⁵ O. Gohin, *Contentieux administratif*, Litec, 4^e éd., p. 219.

⁶ C. Charles, *Le juge administratif, juge administrateur*, Thèse Université des Sciences sociales de Toulouse I, 2003.

⁷ F. Gil, *Preuves*, Ed. Aubier, 1988, p. 33.

Trois questions ne concernant que la justice administrative méritent aussi d'être posées : le rôle du juge administratif dans l'élaboration du régime de la preuve, le rapport de son intervention avec l'équité et l'évolution possible de la preuve en contentieux administratif.

Le plan choisi met en valeur le rôle de la preuve dans l'édification d'un jugement qu'il soit à vocation scientifique ou juridictionnel. La présentation de l'administration de la preuve et ses particularités en contentieux administratif, puis des effets de la preuve sur le jugement tend à situer la preuve dans un champ plus large que la seule question de l'inquisitoire ou de l'intime conviction. Ainsi, la première partie est consacrée à la relation de la preuve avec la vérité et l'objectivité du jugement en contentieux administratif (Partie I). Il existe en effet une ambivalence sur le rattachement de la preuve devant le juge administratif à la théorie de la connaissance ou à la théorie de l'action. La première partie analyse ainsi les conditions et les limites d'une possibilité de connaissance du juge à partir des preuves. La seconde partie est consacrée au rôle effectif de l'inquisitoire et de l'intime conviction en contentieux administratif, ainsi qu'au risque de la preuve que cette liberté du juge peut susciter sur les parties au procès (Partie II). L'administration et les effets de la preuve en contentieux administratif démontrent l'existence d'une oscillation entre une liberté protectrice du juge et un risque de la preuve pour les parties.

PREMIERE PARTIE / L'AMBIVALENCE DU ROLE DE LA PREUVE EN CONTENTIEUX ADMINISTRATIF : UNE ÉDIFICATION ENTRE THÉORIE DE LA CONNAISSANCE ET THEORIE DE L'ACTION

Pourquoi l'activité de juger implique-t-elle le recours à la preuve ? Il convient d'analyser la fonction de la preuve et son importance au sein de l'acte juridictionnel administratif. Cela nous engage à tenter de poser les fondements d'une connaissance possible de ce qui doit être tranché par le juge.

Il s'agit tout d'abord d'analyser la preuve et son rapport avec la faculté individuelle de juger. A quel niveau la preuve intervient-elle dans cette faculté ? Contribue-t-elle à la possibilité de connaître ? (Titre I). A partir de cette interrogation, il s'agit de comprendre le rôle de la preuve dans l'activité institutionnelle de juger. Cette activité, en effet, semble difficilement irréductible à la notion de preuve. Qu'en est-il pourtant de la relation entre preuve, vérité judiciaire et décision du juge ? (Titre II).

TITRE I / LA PREUVE ET LA FACULTÉ INDIVIDUELLE DE JUGER

La faculté de juger s'est dotée d'un idéal très puissant : connaître la vérité. La preuve fait partie de l'arsenal qui doit conduire à cette vérité (Chapitre I). A cet idéal, correspond la nécessité d'établir une méthode devant accompagner ce jugement. En effet, les théories qui ont analysé le pouvoir de

connaître ont permis de retenir quelques conditions propres à l'homme qui lui permettent de réfléchir sur le monde et qui s'appuient sur la preuve (Chapitre II).

Dans la quête de cet idéal de vérité deux postulats se sont imposés : la nécessité de la preuve pour éviter d'énoncer des jugements erronés, mais surtout l'affirmation de l'objectivité de la preuve. La preuve est donc instituée comme garante de l'objectivité de la pensée et donc comme condition de vérité du jugement porté sur la réalité.

La preuve est culturellement située. Elle apparaît aux environs du VII^e av. J.-C., en Grèce, lorsque les philosophes Présocratiques fondent la science et la philosophie. Ils substituent à un savoir fondé sur la révélation divine un savoir fondé sur l'interrogation humaine. Le témoignage, ainsi que le débat, vont devenir les éléments de preuve déterminants devant les tribunaux comme devant les assemblées politiques composés « démocratiquement ». Le recours au témoignage est un procédé rationnel par opposition au procédé irrationnel de la divination, de l'ordalie ou du duel judiciaire (Moyen-âge). Un peu plus tard, lorsque la science explose au XV^e siècle et se théorise sous la plume notamment de Francis Bacon, la preuve juridictionnelle devient le paradigme de la méthode scientifique. Selon F. Bacon : il faut « torturer la nature » comme on torture un être humain pour obtenir un aveu. De même, un peu plus tard, selon E. Kant : « La raison doit s'adresser à la nature...comme un juge dans l'exercice de ses fonctions, qui force les témoins à répondre aux questions qu'il leur soumet ». Preuve juridictionnelle comme preuve scientifique sont alors toutes deux fondées sur le concept de vérité. Ce concept est le fondement, comme le but de la science et de la justice. Est juste le jugement vrai.

Un renversement de paradigme s'opère toutefois au cours du XIX^e : la preuve scientifique devient le paradigme de la méthode juridictionnelle (naissance du positivisme). Les succès de la science au plan théorique comme technique sont soutenus par l'efficacité de ses preuves (recours aux mathématiques, à la logique et à l'expérimentation). *A fortiori*, la vérité reste le concept explicatif de la preuve et son objectif. Les relations serrées, et parfois irrationnelles, entre la justice et l'expertise peuvent s'expliquer par ce contexte positiviste.

Le poids de la rationalité sur la preuve juridictionnelle se manifeste ainsi par son attachement au concept de vérité. De cet objectif historique et traditionnel découle une méthode de jugement empruntant ses caractères au paradigme scientifique. La preuve est une condition nécessaire et objective du jugement. Elle est toutefois insuffisante et ne peut garantir une certitude absolue (en science comme en contentieux). De plus, la preuve n'est pas l'exclusivité du champ du savoir. Elle est nécessaire à toute action quelle que soit le principe qui la guide. On peut proposer dès lors de comprendre la preuve non comme la condition d'un jugement vrai, mais d'un jugement objectif, proche des faits et de la réalité. La prise en compte de preuves rapproche le jugement de la réalité et

garantit un processus de délibération avant la décision. En ce sens, elle est démocratique, mais cette exigence est culturellement située, elle n'est pas « universelle ».

La preuve n'est jamais absente de la réflexion du juge. Que cette présence soit liée à un réflexe logique ou culturel est difficile à cerner. Relativisée parfois par la pratique, elle est en tout cas un élément indispensable à la légitimité de la décision juridictionnelle.

Si la nécessité de la preuve dans l'acte de juger ne relève pas d'une condition logique, elle dépend d'un souci de garantie d'un jugement juste car vrai. Or la vérité comme idéal apparaît difficile, et parfois inutile, à atteindre en justice. La probabilité ou la vraisemblance sont plus pertinentes comme objectif du juge.

On doit alors au contentieux, comme dans les sciences, tout attendre d'une méthode objective de recherche et d'appréciation des preuves : comment mettre le juge dans une situation favorable à un jugement libre et objectif ? Les règles du contentieux administratif français posent les fondements d'une méthode objective de recherche et d'appréciation des preuves. Il faut alors analyser quels sont les mécanismes intellectuels qui rendent possibles pour le juge la recherche des preuves et leur appréciation objective.

Il y a dans nos facultés de connaissance, ce qui nous semble relever simplement de l'esprit, venir de notre intelligence, et ce que nous prenons du dehors, par nos sens, et que l'on appelle communément l'expérience. On peut alors analyser l'appréhension de la preuve par la raison et la sensation et son appréciation par la logique, la causalité et la normalité. La séparation entre raison et sensation est très artificielle en pratique. Elle tend à servir une compréhension plutôt qu'à refléter une séparation réelle dans l'appréhension des preuves. De même, la séparation entre l'appréhension par la raison et la sensation et l'appréciation par la logique, la causalité et la normalité. La raison et la sensation sont le support de la logique, de la causalité et de la normalité. La logique, la causalité, la normalité sont la raison et la sensation en action.

Il s'agit d'étudier les facultés d'appréhension de la preuve que sont la raison et la sensation afin de comprendre comment la connaissance prend forme dans l'esprit d'un juge et ensuite comment, à partir de cette connaissance possible, une preuve peut émerger. Il s'agira dès lors d'analyser les facultés d'appréciation de la preuve.

Il résulte alors de la recherche que la justice administrative française est l'illustration même de l'opposition millénaire entre preuve rationnelle et preuve sensible. Elle ne recourt pratiquement jamais aux preuves sensibles, que ce soit un simple témoignage, une enquête ou une visite sur les lieux. Comparativement à la preuve écrite ou à la preuve fondée sur le raisonnement, il y a une disparité immense. On ne peut limiter l'explication au caractère principalement écrit de la procédure contentieuse administrative. Au-delà de cela, il y a un souci limité de la vérité (si on le compare en

effet avec celui qui préoccupe le droit pénal) et un souci d'efficacité de l'instruction qui conduit la justice administrative à recourir à des méthodes d'appréciation moins formalistes que les mesures d'instruction prévues par le code. De même, la causalité juridique en se fondant principalement sur la cause adéquate démontre que la justice administrative cherche à concilier efficacité du jugement et exactitude des événements. Quant à l'appréciation des preuves par l'intermédiaire de la normalité, si elle se substitue pour une grande part à la mise en œuvre de la procédure inquisitoire au travers des mesures d'instruction, elle ne constitue pas pour autant une méthode totalement subjective mais elle repose sur une grande confiance accordée au juge administratif.

CONCLUSION DU TITRE I :

Le premier titre essaie ainsi de définir les conditions d'une connaissance par la preuve. Plusieurs questions ont été posées : la preuve est-elle nécessaire ? Est-elle objective ? La connaissance qui en ressort s'approche-t-elle de la vérité ?

Si la preuve apparaît comme nécessaire à l'acte de juger, sa nécessité est liée à un souci du juste, lui-même dépendant de l'idéal de vérité propre à notre culture. Cette relation culturellement située entre preuve et savoir vrai a donné à la preuve, aussi bien dans les disciplines scientifiques qu'humaines et sociales, un rôle central comme moyen et comme résultat de l'activité de connaissance. La preuve est ainsi la condition d'une méthode objective de jugement et l'objectif à atteindre. Pourtant, les résultats en pratique et les mécanismes d'appréhension qui la soutiennent, tels que la raison et la sensation, ne permettent pas toujours d'affirmer l'objectivité de la preuve. Consciente des apories qui l'entourent, la justice encadre l'instruction et le jugement par un ensemble de principes, de règles et de procédures visant à s'assurer que soit respectée la nécessité de la preuve (c'est le droit à la preuve) et à en permettre un établissement objectif (par exemple, le principe d'impartialité, mais aussi de loyauté).

Les développements sur l'appréciation de la preuve par le juge permettent aussi de comprendre que l'existence d'une preuve ne conduit pas logiquement à un jugement vrai. La particularité de la causalité en droit l'illustre parfaitement. Le recours à la normalité permet également de faciliter l'appréciation du juge, car la preuve est souvent le relai de l'action du juge. Elle le convainc d'agir dans tel ou tel sens. Elle est donc aussi bien le support d'une activité de connaissance que le support d'une action. Il convient alors de délimiter son champ et d'analyser le rapport de la preuve avec les acteurs du procès.

TITRE II / LA PREUVE ET L'ACTIVITÉ INSTITUTIONNELLE DE JUGER

L'appréciation de la preuve par le juge administratif se situe au-delà des possibilités de connaître. Il y a au fondement de la preuve un souci d'action cohérente et de justification de la décision. Ainsi, dans l'hypothèse du jugement juridictionnel, la preuve ne peut être analysée sans référence à un impératif

de connaissance mais aussi d'action (Chapitre I). Cela conduit alors à s'interroger sur l'intérêt de la preuve dans l'activité de juger (Chapitre II).

Prise en tant qu'instrument de connaissance de ce qui doit être jugé, la preuve telle qu'elle est pratiquée au sein de la justice administrative amène à se poser plusieurs questions que l'on peut orienter ainsi : qu'est-ce que la preuve permet au juge de connaître ? Qui est à l'origine de cette connaissance ?

La preuve va au-delà de la connaissance du fait. Elle permet également de prendre connaissance du droit (existence d'un usage local par exemple). Prouver au contentieux est une activité plus large que simplement constater un fait. Les parties peuvent être amenées à prouver le droit parce que la charge de la preuve le précise ou parce que la complexité du droit actuelle, et la profusion des règles (jurisprudentielles, légales ou contractuelles), amènent les parties (c'est-à-dire leurs avocats) à argumenter sur le droit applicable et qu'il peut s'agir de faire prendre connaissance au juge d'une règle, comme de son interprétation. Cette interprétation peut être reprise d'un autre tribunal comme provenir de la réflexion du requérant lorsque la jurisprudence n'est pas encore fixée. Selon G. Darcy, « *Lato sensu* tout est affaire de preuve »⁸.

Mais qui peut prouver ? Les parties et le juge. Une analyse de la portée de la procédure inquisitoriale et du système de preuve (morale ou légale) en droit administratif conduit à relativiser leur dimension fondatrice. D'autres principes unificateurs sont proposés pour caractériser, au plan de la preuve, le rapport entre le juge et les parties et les parties entre elles : le principe du contradictoire ou encore la collaboration entre le juge et les parties. Un principe est de plus en plus souvent invoqué comme pouvant guider les régimes de la preuve : il s'agit du principe de loyauté.

La preuve permet ainsi de prendre connaissance d'un certain nombre d'éléments qui relèvent aussi bien du fait que du droit à appliquer. Les parties comme le juge interviennent dans l'établissement des preuves. Mais la preuve ne peut être réduite à cette activité de connaissance, parce que juger ne se résume pas à une activité de connaissance. La preuve participe à l'action de juger, elle en est l'instrument autant que la condition.

De plus, traditionnellement, on n'établit pas de lien entre la vie administrative et la preuve⁹. Or l'action administrative ne se fait pas sans preuve. La preuve est exigée par l'administration pour que s'applique le droit, mais elle est exigée également de l'administration pour vérifier la légalité de son action. L'administration a donc recours largement à la preuve, ce qui est largement méconnu et peu retracé par la doctrine. On peut penser comme G. Isaac qu'il y a là une « appréhension contentieuse »

⁸ G. Darcy, « La preuve et le juge administratif », in *La preuve*, Economica, 2004, p. 99.

⁹ Il faut toutefois mentionner une exception notable avec la thèse de G. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, 1967.

de la procédure administrative¹⁰. Ces éléments serviront au juge pour contrôler la décision et réexaminer la décision. De même, il faut prendre conscience de l'importance de la phase administrative d'instruction du dossier pour déterminer la charge de la preuve devant le juge et l'existence des éléments à produire au moment du débat juridictionnel.

De son côté, le juge administratif a adopté le même arrière-plan rationnel que la preuve judiciaire. Comme les autres juges, il est tenu de poursuivre la vérité¹¹ et d'utiliser une méthode objective. Pour autant, le Conseil d'Etat a créé son propre système de preuve et son propre régime de preuves. Ce régime de preuve est largement déterminé par la relation particulière « administration-administré ».

Le juge administratif est tenu de prendre en compte l'existence de preuves pour juger. C'est une obligation juridique qui a des sources culturelles. Mais quelle peut être la garantie de l'effectivité de l'action des preuves dans le procès administratif ? Cette effectivité est largement dépendante de l'admissibilité et de la recevabilité des preuves. Les garanties de l'effectivité des preuves devant le juge administratif, en raison de la particularité de la relation administration-administré, sont également assurées par la liberté d'accès aux documents administratifs et la motivation des actes administratifs. La justice administrative et le législateur ont réussi à imposer plus de transparence à l'administration. Cela a favorisé le développement de la preuve devant le juge.

L'analyse de la preuve juridictionnelle ne se situe pas ainsi exclusivement dans la problématique de la connaissance. La preuve est certes un instrument de connaissance des faits ou du droit. Mais la preuve est aussi un instrument de l'action de juger. Elle permet d'effectuer une appréciation matérielle proche de la réalité, et d'adopter une décision rationnelle. Sur ce plan, l'activité de l'administration active et de la justice administrative se rejoignent.

Quel est alors véritablement l'enjeu de la preuve au sein du contentieux administratif : révéler une vérité au juge ou rechercher une solution opportune au litige ? Si la preuve permet d'établir la vérité du litige, il faut admettre qu'il ne s'agira que d'une vérité relative. Si on ne peut utiliser le modèle scientifique pour expliquer l'intérêt de la preuve dans l'activité institutionnelle de juger, peut-on le remplacer par une explication fondée sur la rhétorique et visant la persuasion ? Il s'agit alors de comprendre comment les parties persuadent le juge administratif, et si celui-ci cherche effectivement à approfondir sa conviction et la justifie suffisamment.

La preuve dans le contentieux administratif a l'ambition d'apporter une vérité au juge, mais cette vérité est rare en pratique (soit parce qu'elle n'est pas ce que le juge cherche à établir, soit parce

¹⁰ « La doctrine française, qui, généralement, ne découvre la Procédure Administrative Non Contentieuse qu'après et par l'intermédiaire du juge administratif, ne débouche, dans la plupart des cas, par le fait de cette appréhension *contentieuse*, que sur une notion indûment réduite », G. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, 1968, p. 64.

¹¹ Le Code de justice administrative ne fait mention que deux fois de la notion de vérité, sur les moyens d'investigation, et plus précisément sur la procédure de l'enquête. L'art. R. 623-3 précise que « La formation de jugement ou d'instruction ou le magistrat qui procède à l'enquête peut d'office convoquer ou entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile à la manifestation de la vérité » et l'art. R. 623-5 que le témoin « fait, à peine de nullité de son témoignage, le serment de dire la vérité ». L'instruction n'est donc à aucun moment présentée explicitement comme devant aboutir à la vérité.

qu'elle n'est pas facile à établir), tant et si bien que la preuve amène surtout le juge à se forger une conviction lui permettant de juger en fonction de la solution la plus réaliste au regard de l'ensemble des éléments présents. De ce fait, l'existence de la règle de droit a une influence majeure sur l'interprétation du fait par le juge administratif. Les développements attachés à ces idées conduisent à comprendre le rôle de la preuve non pas dans une dimension exclusivement scientifique (théorie de la connaissance) mais à la rattacher aussi à un impératif d'action (théorie de l'action) juste et efficace. Ce travail de recherche s'attache alors à éclairer la relation entre les arguments apportés par les parties et l'interprétation de la preuve par le juge. Cette relation est essentielle, mais le juge s'en extrait pour former sa propre conviction. Les parties participent à la formation de cette conviction en mettant en œuvre une action de persuasion. La persuasion ne concerne pas que les parties. Le juge, à partir des preuves fournies par le dossier, établit sa propre conviction, en tenant compte du fait qu'il devra justifier celle-ci.

CONCLUSION DU TITRE II :

Le second titre tend ainsi à définir le rôle de la preuve dans le cadre de l'activité institutionnelle de juger. Celle-ci se heurte en matière de preuves à de nombreuses difficultés : l'objet de la recherche, la recherche elle-même et le résultat. La justice administrative a-t-elle en effet identifié l'objet de ses instructions ? Ce n'est ni toujours la vérité, ni toujours l'équité. De plus, le souci d'efficacité de l'instruction n'est pas absent des considérations juridictionnelles. Il apparaît dès lors que la justice administrative recherche un équilibre entre le souci d'assurer aux justiciables une décision objective et équitable, statuer dans un délai de jugement raisonnable, tout en suivant une procédure égalitaire. Cette recherche, certes exigeante, a tendance à relativiser le rôle de la preuve dès lors qu'elle dépend d'un équilibre entre divers éléments n'appartenant pas tous à l'intérêt des parties mais également à celui de la justice.

En droit administratif, la preuve n'est pas une condition déterminante comme en droit pénal, mais elle demeure une condition fondamentale de l'objectivité du processus de jugement.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE :

Plusieurs points sont développés dans la première partie autour d'une problématique générale constatant le poids historique de la rationalité sur la preuve juridictionnelle, que ce soit au travers de la référence à la vérité ou du recours à la preuve littérale. Cette dimension historique, fondatrice du statut de la preuve devant le juge, permet d'éclairer la dimension contemporaine de la preuve en contentieux administratif, toujours orientée par l'objectif de vérité, mais aussi de plus en plus par celui d'équité (présomptions ou responsabilité sans faute, que ce soit à l'initiative du législateur ou du Conseil d'Etat). Ces objectifs amènent à s'interroger sur leur pertinence comme concepts explicatifs mais aussi

vis-à-vis des évolutions que connaît la preuve ou qu'elle pourrait connaître (dématérialisation et oralité).

Le contentieux administratif par le biais de l'intime conviction pose le délicat problème de la liberté du juge. En effet, contrairement au juge pénal, on ne rencontre pas le doute dans ses décisions. Faut-il en conclure qu'il est toujours convaincu, ou bien qu'il cache son doute par une motivation spécieuse, ou bien encore que sa conception de la conviction est minimale ?

Il faut alors s'interroger sur la spécificité de la justice administrative en examinant comment elle effectue son administration de la preuve.

DEUXIEME PARTIE / L'ADMINISTRATION ET LES EFFETS DE LA PREUVE EN CONTENTIEUX ADMINISTRATIF : UNE OSCILLATION ENTRE LIBERTÉ PROTECTRICE DU JUGE ET RISQUE DE LA PREUVE

Administrer la preuve recouvre l'ensemble des règles de preuve que les parties et les juges utilisent afin, pour les uns de convaincre les juges, pour les autres de parfaire leur conviction.

Une question s'impose dès lors. Quelle est la relation entre l'administration de la preuve et le fait que la justice administrative française connaît une procédure inquisitoriale ? Le pouvoir inquisitorial du juge administratif c'est l'ensemble des moyens dont il dispose dans la procédure d'instruction du dossier pour prendre connaissance des éléments nécessaires à la formation de la décision.

Devant la justice administrative, l'administration de la preuve connaît des modalités générales d'application rencontrées dans la majorité des contentieux (Titre I) mais également des modalités particulières (Titre II). Cette administration produit certains effets, notamment sur la conviction des juges. Mais analyser les effets de la preuve sur le jugement permet également de situer la preuve dans un champ plus large que la seule question de l'intime conviction. Que ce soit au niveau de l'élaboration du jugement comme de la délibération, la preuve doit être analysée au plan de ce que Paul Ricoeur appelle la Justice de près et la Justice de loin. La preuve n'est pas que la condition d'un passage entre fait, motifs et dispositif. Elle implique une compréhension de la situation par le juge afin qu'il donne une solution adaptée au litige, mais elle engage aussi des effets sur la légitimité du juge et sur l'image de la justice administrative. L'absence d'oralité, la progression du juge unique au détriment de la formation collégiale peuvent être conçus comme un « risque de la preuve » (Titre III).

TITRE I / LES MODALITÉS GÉNÉRALES D'ADMINISTRATION DE LA PREUVE

De nombreux auteurs débattent sur le fait de savoir s'il y a un déclin du pouvoir jurisprudentiel au profit du pouvoir juridictionnel¹². La justice administrative connaît un mouvement de réforme qui s'est

¹² B. Delaunay, *L'amélioration des relations entre administration et usagers*, Thèse, LGDJ, 1993, p. 19.

jusqu'à présent plus centré sur l'organisation et les structures¹³. Le renouvellement de la procédure est en travaux. La question de la preuve n'y est pas directement abordée, cependant certaines propositions pourraient modifier les pratiques en profondeur. La pratique de la preuve peut en effet prendre part au renouveau du pouvoir juridictionnel. Pour comprendre le processus actuel, il faut analyser les moyens de preuve recevables (Chapitre I), ainsi que les différences entre l'administration de la preuve directe (Chapitre II) et celle de la preuve par présomption (Chapitre III).

Devant les tribunaux administratifs et les cours, le Code détermine avec une certaine précision le régime des divers moyens de preuve. Il est assez proche des règles en vigueur devant les tribunaux judiciaires. Devant le Conseil d'Etat, la preuve est libre. En contentieux administratif, la charge de la preuve appartient au demandeur mais le juge, en vertu du caractère inquisitoire de la procédure, peut demander à l'administration de faire connaître les motifs de la décision attaquée, et alléger ainsi la charge de la preuve lorsque le requérant avance, en faveur de sa thèse, des allégations sérieuses constituant un commencement de preuve. Il peut également utiliser les présomptions de faute en ce qui concerne la responsabilité des personnes publiques¹⁴.

Ainsi, l'administration de la preuve appartient aux parties, sous le contrôle et l'intervention toujours possible du juge. De plus, l'instruction étant écrite, cela détermine l'administration des preuves puisque celles-ci seront aussi essentiellement écrites. Le contentieux administratif n'interdit pourtant aucun mode de preuve.

L'analyse des modes de preuve recevables en droit administratif impose alors de considérer les avantages de l'écrit, mais également d'analyser les nouveaux enjeux de la dématérialisation, phénomène qui menace de révolutionner l'administration de la preuve. La dématérialisation envisagée concerne l'introduction de la requête comme l'instruction du dossier. Cette nouvelle méthode pose des questions liées à la sécurité des échanges électroniques et au caractère probatoire des éléments dématérialisés. Le Conseil d'Etat s'est dès lors lancé dans l'aventure de la dématérialisation par la mise en place d'une expérimentation. Il est évident que la dématérialisation entraîne des bouleversements de la pratique. Cependant, dans une procédure contentieuse essentiellement écrite, que le dossier parvienne par voie postale ou par voie électronique, cela ne change rien. Une preuve écrite manuscrite peut être scannée et envoyée sous forme électronique. Ce qui va changer ce sont les modes de garantie qui accompagnent l'authenticité des preuves fournies par les parties. La signature et la date de dépôt de la requête sont modifiées mais elles existent toujours (méthode de l'horodatage). Il est possible que le formalisme soit revu à la baisse. Par exemple, au niveau de la signature de la requête, l'authentification du requérant par son identifiant et l'utilisation du mot de passe devrait suffire. Le

¹³ Le décret n° 2008-225 du 6 mars 2008 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat consacre particulièrement la séparation entre les fonctions consultatives et contentieuses du Conseil d'Etat ; M.-C. de Montecler, « Publication du décret réformant le Conseil d'Etat », *AJDA* 2008, p. 492 ; P. Gonod, « Le Conseil d'Etat à la croisée des chemins ? », *AJDA* 2008, p. 630.

¹⁴ J. Rivero, J. Waline, *Droit administratif*, Précis Dalloz, 19^e éd., 2002, p. 218.

formalisme est-il ici réellement moins important ? L'authenticité de la signature du requérant ou de celle de l'avocat ne sont jamais vérifiées dans la procédure écrite classique. On peut être plus réservé sur l'échange d'arguments. Il sera certainement plus réactif, donc plus efficace en terme de délai, à condition que cela n'entraîne pas une surenchère des arguments. Le caractère contradictoire de la procédure a également tout à gagner de la dématérialisation pour les mêmes raisons. Les accusés-réception électroniques devront toutefois être conservés afin de prouver le respect du caractère contradictoire.

Quelle répercussion cela peut-il avoir en revanche sur le renouveau de l'oralité envisagé ? On peut craindre en effet que la dématérialisation accentue davantage l'infime part de l'oralité de la preuve en dépersonnalisant encore plus les affaires. De plus, certains pensent que face à la dématérialisation, pourraient se développer des conventions sur la preuve dans certains domaines. Cela permettrait de faire face à la dématérialisation en l'absence de mise en place d'un régime législatif de preuves¹⁵. La Cour de Cassation s'est proclamée en faveur des conventions sur la preuve dès 1908. Le Conseil d'Etat pourrait faire de même. Les conventions concernent le procédé de preuve, la charge de la preuve et le fait à prouver. Elles ont tendance à limiter la pratique de la preuve plutôt qu'à la faciliter.

Le premier chapitre se donne ainsi pour ambition de découvrir les modes de preuve recevables devant le juge administratif. La primauté de la preuve écrite est évidente et reconnue de manière unanime. Mais cette primauté est aussi une disproportion car les preuves issues de l'oralité et de la sensation (comme le témoignage) sont dévalorisées. L'explication n'est pas liée à leur « inefficacité probatoire » mais à leur pesanteur sur l'efficacité juridictionnelle. Une revalorisation est toutefois possible, mais elle sera plus incitative que juridique. Le Conseil d'Etat et son vice-président actuel l'appellent de leurs vœux et montrent même l'exemple.

Il s'agit alors d'examiner comment s'appliquent actuellement ces modalités générales d'administration quand la preuve est apportée de façon directe, c'est-à-dire sans passer par le mécanisme de la présomption de preuve.

Recourir à la preuve directe signifie que le requérant, le défendeur ou le juge doivent avoir recours à une preuve qui n'est pas le résultat d'une présomption juridique ou d'une fiction. Elle est constatée, interprétée, en tout cas elle n'est pas supposée *a priori*. Une difficulté se pose dans la définition de la preuve directe et dans son opposition à la preuve présumée. En effet, la pratique de la preuve directe peut conduire le juge à accepter une preuve présumée au sens de supposée, vraisemblable, probable. En revanche, c'est un tout autre mécanisme lorsqu'est posée une règle décidant qu'un fait est *a priori* présumé, c'est-à-dire *a priori* établi. Cette décision est prise par le législateur ou le juge dans certains domaines. Le principe en matière d'administration de la preuve est celui de la preuve directe, la

¹⁵ V. Depadt-Sebag, « Les conventions sur la preuve », in *La preuve*, Economica, *op. cit.*, p. 13.

présomption n'est que l'exception. De la situation de la preuve (directe ou présumée), dépend la dévolution de la charge de la preuve. Dans la preuve directe, le principe est que la charge de la preuve appartient au demandeur. Au contraire, l'intérêt de la présomption est qu'elle renverse la charge sur le défendeur ou dispense le requérant de certaines preuves.

Il ne s'agit que d'une présentation générale, la pratique démontre une grande variété de situations qui ne facilite pas la compréhension de la répartition de la charge.

Il faut alors étudier les variations évoquées entre la charge de la preuve et l'inquisitoire en tenant compte de la nature des recours engagés, des domaines dans lesquels les litiges apparaissent, des difficultés rencontrées par les parties et enfin du degré de contrôle exercé par le juge.

Au-delà des mécanismes de production et de recherche de la preuve, il y a ainsi des particularités liées au domaine du droit, comme à la structure du contentieux.

L'opportunité de la procédure écrite (et donc de la preuve écrite) est justifiée par l'objectivité et la difficulté du contentieux de l'excès de pouvoir. Cela signifie *a contrario* que le contentieux de pleine juridiction peut ou pourrait se dérouler selon une procédure moins écrite.

L'étude de la preuve dans le recours pour excès de pouvoir démontre en effet que l'administration de la preuve y est largement guidée par un souci d'économie de moyens (elle repose sur les pièces du dossier) et que l'appréciation des preuves repose principalement sur le standard de la normalité. La preuve des faits résulte rarement d'un véritable constat¹⁶.

Les degrés de contrôle déterminent les attentes du juge vis-à-vis du requérant mais sans que la charge de la preuve ait un poids spécifique dans le procès. Par contre, lorsque le moyen invoqué est le détournement de pouvoir, la charge de la preuve se recentre sur le requérant. De même, en contentieux des étrangers les difficultés d'apporter des preuves sont telles que la charge de la preuve y est également beaucoup utilisée.

En effet, en matière d'excès de pouvoir, la preuve est majoritairement d'appréciation « objective » (elle ne dépend pas de la charge de la preuve). Toutefois, le juge administratif, libre dans son appréciation, se limite dans la recherche des preuves. Dès lors, ce que les parties perdent en tant qu'acteur du procès, n'étant plus « dévolues à la charge de la preuve », elles le regagnent par l'encadrement qu'elles apportent au procès grâce aux preuves qu'elles produisent. Enfin, et surtout, les degrés de contrôle sont utilisés par le juge pour masquer la liberté qui est la sienne dans la balance des preuves. Les degrés de contrôle priment sur la charge de la preuve puisqu'elle est quasiment absente. Plutôt que de faire dépendre la solution de la preuve apportée par l'une ou l'autre, le juge fait la synthèse des éléments présents pour apporter sa propre démonstration, en les ajustant au degré de contrôle qu'il est autorisé à effectuer.

¹⁶ R. Chapus, *L'administration et son juge*, Doctrine juridique, P.U.F., 1999, p. 375.

En matière de recours de plein contentieux, les degrés de contrôle n'existent pas, et c'est sur la charge de la preuve que le juge se base pour atténuer ou augmenter son contrôle.

Par exemple, le régime de la preuve en matière contractuelle illustre le retour en force de la charge de la preuve et d'une approche plus subjective du dossier. Il ne s'agit plus d'un procès fait à un acte. Toutefois, si l'administration de la preuve repose principalement sur le requérant, celle-ci semble aussi répartie entre les deux parties selon une cohérence qui semble plus ou moins s'articuler autour de leur capacité à prouver et de leur bonne foi. Seuls les éléments relevant de l'appréciation du droit objectif reposent totalement sur l'appréciation du juge, tenant compte des argumentations des parties et du dossier. L'appréciation de la preuve y est libre mais néanmoins, le juge doit motiver son jugement de façon détaillée afin de montrer ce qui l'a convaincu dans les preuves issues du dossier ou de l'instruction.

De nombreux autres régimes de preuve pour faute prouvée présentent également des caractéristiques importantes. Dans les régimes de responsabilité pour faute prouvée, le requérant supporte la charge de la preuve de la faute. Néanmoins, le juge administratif ne va pas exiger du demandeur la preuve complète, lorsqu'elle est trop difficile à apporter ou qu'elle est certaine. Finalement, ce n'est pas de la charge de la preuve dont dépend ici la difficulté pour le requérant, mais de la volonté ou de la possibilité pour le juge de mettre en œuvre ses pouvoirs inquisitoriaux.

Ainsi, la preuve directe s'illustre en matière de recours pour excès de pouvoir comme en matière de recours de plein contentieux. Si la preuve est directe, cela signifie que le principe *actori incumbit probatio* s'applique pleinement : le requérant doit prouver ses moyens et le défendeur les siens. En cas de doute, le juge doit faire peser le risque sur le requérant. Or, cette présentation classique et possible dans certains cas, ne s'applique pas de manière constante.

Tout d'abord, en matière de recours pour excès de pouvoir, le juge soulage fortement le requérant puisque le recours pour excès de pouvoir le place dans une situation où le procès est fait à l'acte et n'appartient plus aux parties. Mais ce soulagement ne signifie pas que le juge administratif mette en branle ses pouvoirs inquisitoriaux. Il procède à une balance des preuves entre les arguments et les pièces fournies par les parties et sa propre expérience du domaine. Il n'a recours que de manière exceptionnelle à des mesures d'instruction. Il procède par contre plus aisément à une demande de précisions complémentaires.

En matière de plein contentieux, et dans le cadre spécifique de la preuve directe, le juge se situe dans une situation assez similaire. En matière de responsabilité contractuelle, il se révèle administrateur du procès dès lors que le droit applicable est en débat. Dans la responsabilité extracontractuelle, si le requérant est en difficulté pour prouver une faute mais qu'il apporte un commencement de preuve, le juge fait dominer le système de preuve objective en contrebalançant l'ensemble des preuves disponibles. Ainsi, dans la responsabilité pour faute prouvée, la faute est facile à établir notamment parce que le juge apprécie librement l'ensemble des preuves fournies par les parties. Par contre, la

faute de la victime devient l'élément modérateur du régime. Si le juge administratif a tendance à aider le requérant « victime » en « postulant » la faute de l'administration, il fait peser sur lui le risque de la preuve de la faute de la victime, et non sur l'administration défenderesse. Ainsi, si la charge juridique de la preuve de la faute de la victime pèse sur l'administration, la charge effective revient au requérant. Dans le cadre du recours de plein contentieux, il met davantage en application son pouvoir d'instruction, ne serait-ce que pour évaluer l'existence d'un préjudice ou son montant.

Si l'on retrouve-t-on des points communs entre les divers régimes de preuve, il y a de nombreuses spécificités dans la preuve par présomption.

La preuve par présomption est une preuve indirecte. Il s'agit de la preuve apportée en établissant l'existence d'un autre fait. La preuve par la présomption est mal comprise lorsqu'on la confond avec la présomption qui peut guider le juge dans son appréciation des faits. Ici il s'agit de la présomption en tant que règle de droit instaurant l'obligation pour le juge de tenir pour établi un fait, avec ou sans charge de la preuve contraire.

Il faut tenir compte des présomptions résultant d'une détermination législative et de celles résultant d'une détermination juridictionnelle. La présomption évolue dans le monde de la preuve où elle instaure un déplacement de l'objet de la preuve. Il ne s'agit plus de prouver le fait nécessaire à la victoire du procès mais un fait connexe dont le législateur ou le juge ont estimé possible de considérer qu'il présumait l'existence de l'autre.

La définition de la présomption permet ainsi de distinguer des présomptions légales, quasi-légales et des présomptions de fait. Les présomptions de fait représentent toutes les situations où le juge statue à partir non d'une certitude mais d'un autre fait ou d'un faisceau d'indices le conduisant à considérer qu'un fait est établi. Ce mécanisme révèle une approche pragmatique de la justice : elle doit statuer même sans certitude sur les faits. Ce mécanisme implique de la part du juge une motivation incontestable, d'autant plus lorsque l'établissement de la preuve repose, comme c'est le cas devant le juge administratif, sur l'intime conviction.

L'analyse des présomptions légales ou quasi-légales a débouché sur deux constats. Les considérations qui impliquent la création de règles de présomption sont liées soit à un objectif de vérité soit à un objectif d'équité. C'est dans cette perspective que sont bouleversées les règles classiques d'attribution de la charge de la preuve pour établir un renversement. C'est ici qu'apparaît un second constat. Dans son activité d'application des règles de preuve, le juge administratif peut prendre beaucoup de liberté et s'éloigner de la charge de la preuve (en droit fiscal, le juge s'est éloigné du système de preuve légale pour réinstaurer peu à peu le système de droit commun, c'est-à-dire le système de la preuve objective, ou parfois une « dialectique de la preuve »). Il peut aussi l'alléger en utilisant, soit comme le Code de justice administrative le lui autorise la mise en oeuvre de mesures d'instruction, soit au travers de demandes d'explications complémentaires. Dans ce cas, rien n'interdit au juge de soulager les parties, au contraire, c'est même une obligation. En revanche, lorsque le juge s'éloigne de la charge de

la preuve pour établir la preuve à la place des parties au travers d'une libre appréciation du dossier, ne crée-t-il pas un risque d'inégalité entre elles ? Au-delà même du risque d'inversion de la charge de la preuve, le juge administratif ne bénéficie-t-il pas de trop de liberté ?

CONCLUSION DU TITRE I :

J.-P. Colson reconnaît deux fonctions à la preuve dans le contentieux administratif : une fonction classique et mécaniste, qui est de convaincre le juge en vue de trancher une question de droit ou de fait, et une fonction dynamique qui est de doser le contrôle qu'il désire exercer sur une activité administrative¹⁷. Que ce soit en matière de recours pour excès de pouvoir ou de recours de plein contentieux, le juge administratif encadré par le Conseil d'Etat, recherche un équilibre entre vérité et équité, pragmatisme et légalisme. Ceci explique son alternance entre recours à la charge de la preuve et recours à la preuve objective.

L'analyse des modalités générales d'administration de la preuve permet de comprendre que le juge administratif cherche à suivre un processus de jugement efficace tout en conférant une qualité substantielle à ses décisions. Cela se traduit dans le recours pour excès de pouvoir comme dans le recours de plein contentieux par une renonciation à accumuler les actes de procédure pour se focaliser sur une appréciation normalisée du dossier au regard de l'ensemble des pièces disponibles. Dans le recours pour excès de pouvoir comme dans la responsabilité, le juge domine l'établissement de la preuve que ce soit au niveau de son administration comme de son appréciation.

Or si l'efficacité de la justice est un objectif légitime, elle doit être soutenue par un effort de preuve. La preuve fait en effet partie des éléments qui permettent à l'activité de juger d'être perçue comme objective et juste.

L'existence de modalités spéciales d'administration de la preuve confirme-t-elle cette constatation ?

TITRE II / LES MODALITÉS SPÉCIALES D'ADMINISTRATION DE LA PREUVE

On observe trois modalités spéciales d'administration de la preuve. Dans la responsabilité sans faute, le régime de la preuve est particulier puisqu'il met en place des présomptions irréfragables dont l'objet est d'empêcher la preuve de se manifester (Chapitre I). Dans les secteurs régaliens, on peut remarquer qu'apparaissent un certain nombre d'obstacles à la preuve et qui sont liés à la spécificité même de ces secteurs (Chapitre II). Enfin dans les mécanismes dits de solidarité nationale, la preuve a moins vocation à être administrée devant la justice qu'à servir à établir une indemnisation devant un fonds de garantie (Chapitre III).

¹⁷ J.-P. Colson, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, L.G.D.J., 1970, p. 9.

On invoque principalement l'équité pour justifier l'apparition et la progression des régimes de responsabilité sans faute. Le recours au concept d'équité est adéquat car il est suffisamment général pour englober toutes les hypothèses recouvertes par la responsabilité sans faute, mais le concept de vérité pourrait également être invoqué. Dans la responsabilité sans faute, il y a le refus d'établir l'existence d'une faute car il s'agit d'indemniser. Il y a donc un déni de la vérité. L'équité et la vérité seraient donc indissociables pour comprendre ce régime. La preuve est d'ailleurs une notion dont les deux concepts fondateurs sont la vérité et l'équité (la preuve est la condition d'établissement de la vérité, objectif que notre culture considère comme juste, cf. *supra*). Quel est alors la place qu'occupe la preuve dans la responsabilité sans faute ?

Il y a normalement deux types de responsabilité sans faute¹⁸ : la responsabilité fondée sur le risque et la responsabilité fondée sur la rupture de l'égalité devant les charges publiques. Une responsabilité fondée sur la garde est peut-être en train d'apparaître. On la rattache pour l'instant à la responsabilité fondée sur le risque¹⁹.

Les développements sur la responsabilité sans faute ont permis de mettre en évidence une fois de plus le rôle déterminant du juge dans l'administration et l'appréciation de la preuve. Encore faut-il distinguer les deux régimes. Dans la responsabilité pour risque, le juge semble plus enclin à aider le requérant, mais dans la responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques, la « rupture » est rarement reconnue. Dès lors la charge de la preuve revient en force, et pèse fortement sur le requérant. Une exception pourtant semble se présenter avec la responsabilité récemment reconnue en matière de non-respect des conventions internationales, mais ce n'est pas tant un objectif d'indemnisation que poursuit le juge qu'un objectif légal. Le Conseil d'Etat entend faire respecter le droit international aux autorités étatiques.

La responsabilité sans faute apparaît donc comme une modalité spéciale d'administration de la preuve du fait de sa forte dimension sociale et politique. Elle sert à protéger tour à tour le requérant et l'administration représentante de l'intérêt général.

Une autre modalité mérite d'être prise en compte : le secret public fait obstacle à l'établissement de la vérité et à l'administration de la preuve devant le juge administratif.

Les secteurs régaliens sont représentés par les finances, la justice et la défense. Les possibilités de prouver y sont limitées pour les parties ainsi que pour le juge car se jouent dans ces domaines les intérêts les plus importants de l'administration. L'administration française est dans son histoire fortement liée au secret, et aujourd'hui encore, devant le juge, le secret peut rendre impossible

¹⁸ La responsabilité sans faute est apparue avec la décision du CE, 21 juin 1895, *Cames*, Rec., p. 509.

¹⁹ D. Meillon, « Un nouveau fondement pour la responsabilité sans faute des personnes publiques : la garde d'autrui », *RDP* 2006., p. 1221.

l'obtention d'une preuve. La nécessité de couvrir un secret doit cependant être justifiée et le juge administratif fait peser la charge de la preuve sur l'administration.

Le juge administratif peut limiter aussi son intervention en raison d'une technicité trop grande d'une affaire. Il limite son appréciation des preuves à défaut de pouvoir le faire de façon utile, au regard de la situation réelle ou faute de compétence technique. Dans un cas comme dans l'autre, le juge peut se retrouver dans une situation où la preuve ne lui est pas accessible.

Une troisième et dernière modalité d'administration spéciale de la preuve existe au travers de la mise en œuvre du mécanisme de la solidarité nationale.

Le mécanisme de la solidarité concerne les régimes où le souci de la vérité est le plus lointain et la politique d'équité la plus marquée. La preuve y est administrée autour de la volonté d'établir le dommage. Ces mécanismes ne représentent pas tant une responsabilité qu'une « garantie sociale »²⁰ vis-à-vis de certains dommages et de certaines victimes. On ne veut connaître ni la cause ni l'existence d'une faute imputable. De manière générale, les mécanismes de solidarité sont également justifiés par leur fonction supplétoire à l'insolvabilité de certains des auteurs d'infractions.

La loi intervient largement en ce domaine où l'activité hospitalière est particulièrement illustrative. D'autres lois encadrent également les risques dits sociaux et sériels.

La solidarité nationale mise en œuvre depuis la loi du 4 mars 2002 en matière hospitalière a surtout eu pour objectif d'uniformiser les pratiques et les mécanismes d'indemnisation en vue d'avantager les victimes. L'intervention des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation montre également l'importance de pouvoirs inquisitoriaux très larges, et de fait, de l'importance de la preuve devant ces mêmes commissions. L'expertise y joue, en effet, un rôle central. Elle est mise en œuvre par les commissions qui disposent de très larges pouvoirs et de très larges moyens d'investigation. Il n'est pas certain que la justice administrative pourrait, de ce point de vue, offrir autant d'avantages.

CONCLUSION DU TITRE II :

La question primordiale du titre II consiste à déterminer pourquoi et comment les régimes de responsabilité sans faute, la solidarité nationale ou la reconnaissance du droit au secret constituent des modalités spéciales d'administration de la preuve.

Dans ces mécanismes, on a pu constater que le législateur comme le juge aménagent la charge de la preuve mais ne la suppriment pas. De plus, il est impossible d'affirmer que l'aménagement se fasse au profit du requérant de manière systématique ou, inversement, au profit de l'administration.

Hors les cas où le législateur institue des organismes chargés de l'indemnisation des victimes, le juge administratif se trouve au cœur de questions sociales et politiques qu'il est conduit à concilier

²⁰ M. Deguergue, « Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique », *AJDA* 1995, p. 211.

(méthodes libérales de rééducation des mineurs, respect des conventions internationales applicables). Le Conseil d'Etat est ainsi amené à chercher une cohérence entre les régimes juridiques et des besoins sociaux évolutifs (responsabilité sans faute pour le non-respect des conventions internationales mais une responsabilité pour faute pouvait aussi être envisagée).

Finalement, dans la première partie, il s'agit de donner un cadre méthodologique à l'utilisation de la preuve dans l'activité et la fonction de juger. Dans la seconde partie, il s'est agi d'intégrer la question de la preuve dans le droit administratif de la manière la plus large possible afin de cerner quel rôle y jouent les parties et le juge respectivement. Ce rôle ne peut pas être cerné uniquement par référence aux règles de procédure du Code de justice administrative, ni aux règles de preuve élaborées par la jurisprudence, ni par l'application qui en est faite quotidiennement. La preuve est un instrument au service de plusieurs objectifs : vérité, équité, objectivité ou encore efficacité. Le rôle de la preuve dépend des attentes d'une société donnée, mais aussi du degré de contrôle que le juge peut ou veut donner à certains problèmes.

Dans le recours pour excès de pouvoir, sa liaison originelle avec la procédure écrite, et par assimilation, avec la preuve écrite, conditionne une appréciation « administrative » du dossier. Dès lors, les preuves sont administrées et appréciées dans ce cadre. Cette liaison a eu un effet de contagion sur le recours de plein contentieux car le juge administratif ne sort du dossier et de la preuve écrite que pour avoir recours à l'expertise. Mais la nature du rapport d'expertise renvoie immédiatement au dossier. Consciente de cela, la justice administrative essaie de renouer avec l'oralité mais cette pratique « administrative » a beaucoup d'avantages, et au regard des stocks de dossier et de l'inflation de recours attendue (référés, reconduite, droit au logement opposable, RSA), on peut facilement la comprendre.

En revanche, la question de la charge de la preuve reste gênante. Existe-t-il réellement une charge de la preuve en contentieux administratif ? Ne faut-il pas reprendre la distinction entre charge de l'allégation et charge de la preuve formulée par H. Motulsky, pour reconnaître qu'en droit administratif la charge de la preuve n'existe pas ? En réalité, on rencontre la charge de la preuve même si cette rencontre reste ciblée et très complexe. Dans le recours pour excès de pouvoir, on la rencontre dans les contentieux où le juge ne peut faire un effort de preuve suffisant (droit des étrangers), à l'occasion des moyens auxquels il ne veut pas participer activement (détournement de pouvoir, détournement de procédure), et de manière générale, chaque fois qu'à la fin de l'instruction, un doute persiste sur les preuves de certains faits. Dans le recours de plein contentieux, la charge de la preuve semble jouer un rôle déterminant (les mécanismes de responsabilité pour faute présumée sont des renversements de la charge de la preuve), même si le juge est plus enclin à mettre en œuvre des mesures d'instruction. Toutefois, que ce soit dans le contentieux de la responsabilité administrative, ou dans le contentieux fiscal, l'intime conviction a tendance à se développer. La charge de la preuve se rencontre chaque fois que le législateur ou le juge veulent faire peser le risque de la preuve sur l'une des deux parties. Elle permet d'indiquer qui est en désavantage *a priori* lorsque démarre le procès.

Mais il n'y a pas que la charge de la preuve qui joue ce rôle, l'intime conviction du juge le joue également. En matière de responsabilité, la faute du service comme la faute de la victime ont tendance à être reconnues assez facilement par le juge, alors que le dommage anormal et spécial a peu de chance de prospérer.

Le juge administratif se trouve ainsi au cœur de l'application de l'ensemble des régimes. Les questions de preuve qui se posent dans ces domaines pèsent sur les parties mais pèsent également sur le juge. Le recours à l'expertise facilite la preuve mais toutes les preuves ne peuvent être prouvées en ayant recours à l'expert. Dès lors, le juge pour faciliter sa tâche, et sous le contrôle de cassation du Conseil d'Etat, administre et apprécie librement les preuves en s'inspirant de ce qui se dégage globalement de son appréciation du dossier et en mettant en perspective un ou plusieurs éléments qui lui ont paru déterminants.

Deux remarques surgissent ainsi qu'une question. En contentieux administratif, l'intime conviction semble se substituer à la charge de la preuve et l'intime conviction est d'application absolue. La question dès lors est la suivante : le juge administratif peut-il administrer et apprécier aussi librement la preuve ? Qu'est-ce qui justifie cette liberté du juge et la légitime ?

TITRE III/ LES EFFETS DE LA PREUVE DEVANT LA JUSTICE ADMINISTRATIVE FRANÇAISE

Comment le juge situe-t-il la preuve dans l'élaboration progressive de sa décision ? Comment le juge rapporteur prend-il en compte la preuve pour former son projet de décision et le présenter à la formation collégiale ? Quand la décision est prise par un juge unique, la prise en compte est-elle différente ? Nous avons eu l'occasion de comprendre les limites de la preuve comme activité de connaissance, mais également son implication dans les modes de raisonnement du juge. La preuve est omniprésente, même quand elle n'implique aucune intervention de la part du juge pour la production des preuves au cours de l'instruction. Quelle est alors l'importance accordée, procéduralement comme statistiquement, à la preuve en contentieux administratif ?

La preuve participe à la recherche d'une solution au litige, en assurant aux juges et aux parties que sont pris en compte les faits « pertinents » et surtout une correcte appréciation de la situation. Dès lors, on comprend que les interrogations sur la preuve débordent de la simple vérité ou de la certitude des faits pour s'attacher à la compréhension par le juge de ce qui s'est passé et doit se passer. Les parties attendent des juges une « compréhension » et cette compréhension a un effet direct sur le sentiment de légitimité qui sera le leur (Chapitre I). La preuve est ainsi un instrument par lequel la justice ajuste ses décisions au contexte particulier et aux orientations plus générales de l'institution même. Le rôle de la preuve aujourd'hui se situe dans des orientations visant à approfondir le sentiment de protection des justiciables, tout en maintenant les conditions d'une méthode de jugement efficace et objective (Chapitre II).

Les principes énoncés par le Code de Justice administrative à propos de la procédure affirment que l’instruction est contradictoire²¹, que les débats ont lieu en audience publique²² et les délibérés sont secrets²³. Par ailleurs, les jugements doivent être motivés²⁴, publics²⁵ et exécutoires²⁶.

Quel est le rôle de la preuve dans le jugement à proprement parler, c’est-à-dire dans la phase finale de la décision ? La preuve contribue à la justification de la décision et à la prise de décision. Il y a une recherche des motifs par la preuve, mais également la recherche d’une solution au litige.

L’analyse du rapport entre preuve, motif et dispositif montre que le processus d’élaboration du jugement n’est jamais un processus logique ou déductif. C’est la forme du jugement qui s’apparente à une déduction et non son contenu. La preuve est présente dans les motifs et le dispositif par l’intermédiaire de l’intime conviction.

Si le passage entre preuve, motif et dispositif ne relève pas de l’ordre du nécessaire, alors le discrétionnaire peut apparaître. Dans la pratique, cela révèle surtout une marge d’appréciation permettant aux juges d’adapter un motif ou un dispositif à une situation particulière.

La motivation est alors l’élément le plus essentiel de la décision juridictionnelle, car si les preuves matérielles en sont nécessairement absentes, elle doit faire surgir la présence incontestable d’une règle appliquée à des faits précisément identifiés. La motivation du jugement est la seule « trace apparente » de la preuve et de la compréhension du dossier par les juges. Des améliorations en vue d’une plus grande oralité et d’une plus grande publicité permettraient de faciliter cette compréhension du dossier jusqu’au stade de l’élaboration de la décision. En effet, si la justice administrative se démocratise et se rapproche des justiciables par une protection sur le fond plus égalitaire que par le passé, la procédure peut encore s’améliorer et accompagner ainsi ce mouvement de démocratisation.

Après avoir analysé comment la preuve se situe par rapport aux exigences prévues pour l’élaboration de la décision juridictionnelle, il convient d’examiner son rôle dans l’édiction de la décision. Cela amène à interroger l’acte de juger. La preuve peut être perçue comme une condition d’élaboration de l’acte juridictionnel, et en tant que telle, elle participe à la motivation du jugement et à la formation de la conviction du juge lui permettant d’adopter une décision. Mais la preuve c’est aussi la condition d’une méthode objective et équitable de jugement d’un litige.

La preuve en contentieux administratif a fait l’objet d’une évolution dans un sens plus égalitaire. Les impératifs d’efficacité de l’administration, mais également ceux de la justice administrative elle-même, peuvent parfois se confronter aux impératifs de protection des justiciables. C’est donc le rôle de la preuve en tant que condition d’une procédure équitable mais efficace qui est examinée. Par sa

²¹ Art. L. 5 CJA.

²² Art. L. 6 CJA.

²³ Art. L. 8 CJA.

²⁴ Art. L. 9 CJA.

²⁵ Art. L. 10 CJA. Ils mentionnent le nom des juges qui les ont rendus.

²⁶ Art. L. 11 CJA.

référence à l'objectivité scientifique, la preuve assure par elle-même une légitimation à la décision juridictionnelle et à la justice. Or la preuve en contentieux légitime aussi bien la décision par sa fonction pratique, la recherche d'une solution adaptée au litige, que par sa fonction théorique de recherche d'une vérité. La preuve en contentieux concilie en effet cette dimension informative avec un résultat pratique : la solution du juge.

Certes le juge administratif, qui élabore sa décision et doit la motiver, agit en fonction de ses idées et de ses convictions intimes sur le dossier et sur le comportement de chacun des plaideurs. Il ressent plus ou moins leur bonne foi, la nécessité ou l'intérêt de leur démarche. Mais lorsqu'il prend sa décision, il recouvre son sentiment par un jugement objectif en appliquant une règle qui semble s'appliquer aux faits concernés, à charge pour une juridiction supérieure d'établir l'illégalité de son jugement. Il ne refuse jamais de statuer parce qu'un fait est douteux, il en prouve un autre qui lui permet d'appliquer une autre règle ou la même.

La preuve a ainsi pour fonction de protéger les justiciables et d'assurer l'efficacité de la justice. Les justiciables et la justice administrative ont besoin d'un rythme de jugement soutenu afin que les décisions soient rendues dans un délai raisonnable et puissent être exécutées. La preuve n'est pas en elle-même un instrument efficace sans la combinaison de la procédure inquisitoire et de la liberté d'appréciation du juge. Grâce à la combinaison de ces deux systèmes, le juge administratif peut à la fois assurer la protection des justiciables en prenant connaissance des éléments propres à leur situation et garantir une efficacité de la procédure juridictionnelle administrative.

La procédure inquisitoire sert l'administration des preuves, tandis que l'intime conviction permet au juge d'apprécier et de justifier les preuves avec beaucoup de liberté. Dès lors une approche compréhensive du dossier est possible mais elle se doit d'être compréhensible et de ramener les parties dans le droit. Ce sont là les deux limites à la liberté du juge administratif : trancher un litige et régler un litige. Donner une solution mais qui soit une bonne solution. C'est la condition de la légitimité du juge et de sa méthode de travail.

CONCLUSION DU TITRE III :

Au regard de tous ces éléments, il semble possible d'affirmer que la preuve dispose bien d'une nature particulière. Ce n'est qu'au niveau de la politique jurisprudentielle qu'une communauté se révèle avec d'autres instruments de la procédure et du fond, mais au niveau de la décision elle-même, elle a pour particularité d'asseoir cette dernière dans la réalité du litige et de conditionner l'application de cette réalité à une règle de droit.

Les effets de la preuve ne correspondent pas toutefois à des effets logiques ou scientifiques. Il y a dans l'appréciation des preuves une dimension sociale et juridique. La preuve est une technique, que ce soit au travers du recours à la présomption, au faisceau d'indices ou à la charge de la preuve. L'analyse des

effets de la preuve montre que cette dernière assure aussi bien l'objectivité du processus de jugement que du jugement lui-même. Elle en assume les limites et les considérations extérieures. La preuve se situe aussi bien dans la justice de loin que dans la justice de près dont parle P. Ricoeur. Si elle se prête principalement à la finalité première de la justice qui est de faire respecter la règle de droit, et notamment le droit objectif, elle se prête aussi à sa finalité courte qui est de mettre fin à un litige.

La preuve participe aussi et surtout à la légitimité de la décision par l'objectivité qu'elle garantit. La justice administrative doit alors s'interroger sur la légitimité de son fonctionnement et sur l'image qu'elle donne d'elle-même.

CONCLUSION DE LA THÈSE :

Risque ou sécurité ? Il convient ici de réfléchir à une possible évolution de la preuve en droit administratif. Quel est l'avenir de la preuve ?

Dans le champ théorique, on peut penser qu'elle va être de plus en plus prise en compte, parce que les praticiens la font remonter à la surface et parce qu'un débat a déjà commencé à son sujet à partir de la notion de risque. Il s'agit de lutter contre l'aléa probatoire et de chercher des solutions afin de le réduire. Faut-il alors aller jusqu'à la sécurité de la preuve ? Les régimes légaux sont déjà guidés par cet objectif, ce n'est donc pas par leur biais que l'on peut agir et la justice administrative ne s'orientera pas vers un tel système. Le moyen est-il alors de déjudiciariser la preuve, éventuellement en la contractualisant ? L'argument n'est pas du tout exclu, au contraire. Le « risque de la preuve » va-t-il vider les tribunaux ? On en frémirait presque lorsqu'est affirmé le caractère incitatif du risque de la preuve à la conclusion de compromis de preuve²⁷. Il faut préciser toutefois que ce constat ne concerne pour l'heure que le contentieux économique. Néanmoins, le juge administratif pourrait-il être amené à être perméable à cette demande de sécurité de la preuve ? Cela semble peu réaliste²⁸. Le juge administratif n'abandonnera pas sa liberté d'appréciation parce qu'elle lui a permis de faire progresser sa jurisprudence dans un sens favorable aux administrés, mais aussi parce qu'elle lui a permis de maintenir la prise en compte de la particularité de l'activité administrative. La justice administrative s'inscrit dans un souci primordial de jugement objectif, mais aussi rationnel et réaliste.

Le poids de la rationalité est aussi perceptible dans son recours majoritaire à la preuve écrite au détriment de la preuve orale et du rapport direct avec le justiciable. Cette rationalité s'explique par la naissance de la justice administrative au sein de l'administration impériale et bureaucratique. L'écrit facilite en effet l'action administrative. Devant le juge administratif, et à la différence du juge pénal et du juge civil français, la recherche et l'appréciation des preuves dépendent de l'évaluation des pièces

²⁷ M. Mekki, « Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats. 1^{ère} partie », *Revue des contrats*, juillet 2008, p. 681 ; M. Mekki, « La gestion contractuelle du risque de la preuve. 2^e partie », *Revue des contrats*, 01 avril 2009, p. 453.

²⁸ Evoquant devant l'assemblée du contentieux la souplesse du droit de la preuve devant le juge administratif, J. Kahn précisait en 1956 : « en ce domaine : vous entendez conserver la plus grande liberté », *Concl. sous CE, Ass.*, 4 mars 1966, *Manufacture des produits chimiques de Toumans*, *JCP* 1966, II, 14651.

du dossier fournies par les parties et prennent principalement pour référence la normalité des acteurs de la vie administrative. Or, cette absence d'oralité qui entraîne une trop grande distance entre le juge et le justiciable doit être conçue comme un « risque de la preuve », car elle ne donne pas au justiciable le sentiment d'être entendu et est contraire à la progression de la théorie des apparences (*Justice must not only be done, but must also be seen to be done*). Un obstacle majeur se dresse toutefois à une évolution vers plus d'oralité : la justice administrative est actuellement liée par des impératifs d'efficacité (délais de jugement à raccourcir et nombre croissant de requêtes) qui lui rendent impossible une recherche approfondie des preuves par le biais de mesures d'instruction directes (enquête et visite des lieux notamment). Si le recours à l'expertise n'est pas exceptionnel, on ne peut pas le considérer comme une mesure qui permette au juge de prendre contact avec le justiciable.

L'analyse de l'évolution possible de la preuve en contentieux administratif se situe ainsi à deux niveaux et fait surgir une notion très intéressante : le « risque de la preuve ». Elle est utilisée depuis peu par la doctrine civiliste et l'analyse économique du droit pour interroger la pertinence des deux systèmes de procédure que sont l'accusatoire et l'inquisitoire. Il s'agit de déterminer lequel des deux systèmes réduit le plus le risque de la preuve pour les parties. Pour l'analyse économique du droit venant des Etats-Unis, il convient de savoir qui va gagner le procès et s'il est opportun d'aller devant le juge. Cela suppose de pouvoir identifier avec certitude la charge de la preuve et quel élément produit par telle partie conduit à gagner le procès. La doctrine civiliste française a constaté que les études sur le risque de la preuve servent à identifier qui perd le procès quand un doute subsiste. Cela conduit dans les contentieux de nature économique à éviter le juge et à établir des conventions sur la preuve. Cette notion de « risque de la preuve » nous paraît très opportune mais elle doit être étendue à d'autres problématiques que la seule préoccupation de sécurité juridique associée à la charge de la preuve. Le sentiment de ne pas être entendu par le juge administratif est aussi un risque de la preuve. La justice administrative qui cherche à se rapprocher du justiciable doit renforcer son recours à la preuve « sensible ». Le développement de l'oralité est toutefois difficile car la justice administrative ne peut pas mettre en danger son efficacité. Si elle a rétabli l'équilibre entre l'administration et l'administré grâce à la preuve (CE, 28 mai 1954, *Barel*, mais aussi en matière hospitalière ou pénitentiaire en établissant des régimes de responsabilité sans faute ou pour faute simple avec une seule faute à prouver et non un faisceau d'indices : CE, 23 mai 2003, *Chabba*), elle peut aussi trouver un équilibre entre sentiment de justice et efficacité grâce à la preuve (les contentieux de l'urgence ou de la reconduite à la frontière l'ont démontré). Les récentes interventions du vice-président du Conseil d'Etat ont insisté sur le fait que le recours au dialogue au cours de l'instance peut permettre aux juges de mieux comprendre certains contentieux très techniques, ou de mieux cerner l'enjeu des dossiers. Le gain de temps est dès lors possible.

En revanche, en ce qui concerne l'abandon du système d'intime conviction comme principe d'appréciation de la preuve, le juge administratif ne semble pas pouvoir être sensible à l'objectif de sécurité, sauf quand celui-ci est en accord avec les objectifs de vérité ou d'équité qu'il semble

consacrer. Par exemple, en matière fiscale, le recours à la charge de la preuve (système de preuve légale) tend à diminuer par l'établissement jurisprudentiel d'une dialectique de la preuve, voire même par la progression de la preuve objective. Enfin, les impératifs d'efficacité déjà évoqués laissent penser que le juge administratif, dans ses deux activités jurisprudentielle comme juridictionnelle, continuera de privilégier la liberté de recherche et d'appréciation du juge, plutôt que la charge de la preuve. L'association de l'inquisitoire et de la liberté d'appréciation ont en effet pour vertu de faciliter le travail du juge (il met en œuvre peu de mesures d'instruction et procède à une appréciation normalisée des preuves fournies par les parties). En droit civil, l'association de l'accusatoire et de la charge de la preuve allongent considérablement les délais de jugement.

Demeure toutefois un problème, qui n'est pas des moindres, puisque la justice administrative est pour toutes les raisons évoquées, la plus distante des justices. On peut d'ailleurs s'inquiéter de ce que le phénomène de dématérialisation en cours d'expérimentation dans certains tribunaux pourrait accentuer le décalage. En réalité, il ne faut pas s'en soucier car la dématérialisation procède de la même logique que l'actuelle procédure écrite. Ainsi, si elle n'améliore pas le système actuel, elle ne l'aggrave pas non plus. Les débats menés sur le recours plus important à l'oralité au stade de l'instruction comme à la barre montrent en revanche une volonté de rapprochement vis-à-vis des justiciables. Aucune réforme d'ampleur n'est toutefois prévue (cf. le texte *postérieur à la soutenance de thèse* qui modifie le nom du commissaire du gouvernement et relatif au déroulement de l'audience²⁹. Il prévoit l'expérimentation d'un changement d'ordre au cours de l'audience : les observations orales des parties se situent après la lecture des conclusions du nouveau rapporteur public, de façon à expérimenter une forme de « dialogue interactif ». Le décret précise toutefois que les observations doivent être liées aux conclusions écrites. Dès lors, il ne s'agit que d'accentuer certains moyens pertinents au regard des conclusions du rapporteur public plutôt que de véritables plaidoiries).

Le recours à l'oralité reste conçu comme une pratique chronophage que la justice administrative ne peut se permettre. Les appels du vice-président à mettre en œuvre davantage de mesures d'instruction et ce changement d'ordre seront-ils suffisants?

Comme nous le montre le tableau de G. Klimt, *La Jurisprudence*, détruit dans un incendie en 1919, les hommes cherchent un équilibre entre la Vérité, l'intervention de la Loi et celle de la Justice. En haut du tableau, sont représentées les figures idéales de la Justice : la vérité, l'équité et la loi. En dessous, il y a la figure des juges qui posent un regard sévère sur le justiciable, représenté comme fragile. Ce tableau met en perspective le regard porté par les citoyens sur la justice, un regard plein d'espoir mais aussi de crainte. L'autorité reconnue au juge et au jugement ne doit pas faire perdre de vue que la légitimité s'acquiert par le sentiment d'objectivité qu'ont les justiciables envers la justice. Le sentiment de ne pas être entendu demeure un risque de la preuve.

²⁹ D. n° 2009-14, 7 janv. 2009, JO 8 janv. 2009, p. 479.