



HAL
open science

Le référé-provision: référé administratif au fond?

Charles-André Dubreuil

► **To cite this version:**

Charles-André Dubreuil. Le référé-provision: référé administratif au fond?. Revue française de droit administratif, 2007. hal-01725197

HAL Id: hal-01725197

<https://uca.hal.science/hal-01725197>

Submitted on 7 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le référé-provision, référé administratif au fond ?

Charles-André Dubreuil

Professeur de droit public

Centre Michel de l'Hospital (EA 4232)

1. De prime abord, le référé-provision administratif ne semble pas être de ces instruments juridiques qui piquent la curiosité des auteurs et conduisent à la publication d'innombrables articles de doctrine. Et ce d'autant plus que le juge administratif, considérant que la qualité d'un jugement nécessite une lente réflexion afin de ne pas rendre de décisions médiocres à l'issue d'une procédure improvisée, s'est longtemps refusé à accorder aux requérants une provision¹ dans l'attente d'un règlement au fond de leur litige². Ajoutée à l'interdiction de préjudicier au principal, cette réticence l'a conduit par la suite, après l'adoption de la réforme du contentieux administratif³, à user de ce procédé avec la plus grande parcimonie⁴ avant qu'il ne soit réformé en 2000⁵ et que soit inséré un article R. 541-1 dans le Code de justice administrative consacré au juge des référés accordant une provision⁶.

¹ C.E., 20 juin 1980, *Gaz de France*, p.284, concl. M. ROUGEVIN-BAVILLE ; A.J.D.A. 1980, p.525, chron. M.A. FEFER et M. PINAULT ; D. 1980, IR, p.564, obs. P. DELVOLLE.

² Voir notamment : Répertoire BECQUET, Ve Contentieux administratif, p.376 ; M. WALINE, note sous T.C., 30 octobre 1948, *Barinstein*, R.D.P. 1948, p.88 ; J. GABOLDE, « Pour un véritable référé administratif », D. 1949, chron., p.172 et « A quoi correspond le nouveau référé administratif », D. 1955, chron. P.163 ; F. MEJAN, « Référé administratif, sursis à exécution expertise d'urgence », *Rev. Adm.* 1954, p.258 ; P.-L. FRIER, « Un inconnu : le vrai référé administratif », A.J.D.A. 1980, p.67.

³ Pour ce qui concerne le référé provision, décret n°88-907 du 2 septembre 1988 codifié à l'article R. 129 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

⁴ Pour une étude de la jurisprudence concluant à la frilosité du juge administratif en matière d'octroi de provision, voir notamment : B. BATJOM, « Le référé-provision à l'épreuve de quatre années d'existence », L.P.A., 28 juillet 1993, p.35 et G. ROSSINYOL, « Bilan jurisprudentiel de l'utilisation du référé provision de 1991 à 1997 », *Gaz. Pal.* 1998, p.427.

⁵ Décret 2000-1115 du 22 novembre 2000, entré en vigueur le 1er janvier 2001.

⁶ Selon cet article : « Le juge des référés peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Il peut, même d'office, subordonner le versement de la provision à la constitution d'une garantie. »

Par conséquent, lorsque le groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence rendit ses conclusions⁷, il ne fit l'objet que d'une attention polie et l'intérêt se porta plutôt sur les solutions visant à accroître la célérité des jugements et à répondre aux nécessités de l'urgence. Tout juste avait-on évoqué la possibilité d'en faire un substitut à certaines procédures au fond grâce à la disparition de l'exigence d'un recours parallèle au fond. On était alors loin de penser qu'il serait en passe de devenir quelques années plus tard, dans certains types de litiges pécuniaires et à certaines conditions, un mode de prévention des contentieux au fond.

2. Il semble en effet qu'au terme de cinq années de pratique du « nouveau » référé-provision, la réserve initiale du juge administratif ait été considérablement levée, et que le tableau schématiquement dressé plus haut ne corresponde plus à la réalité. Non pas que le juge ait abandonné la qualité de ses décisions au profit d'une célérité accrue, mais parce qu'il a au contraire su concilier ces deux impératifs et faire du référé-provision un moyen de traitement rapide des contentieux pécuniaires de l'administration⁸.

Le référé-provision est devenu peu à peu, au terme d'une lente progression, un outil d'usage courant pour le juge administratif. Alors que l'on pouvait constater le faible nombre de requêtes fondées sur l'article R.129 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel⁹ (CTA-CAA), une étude de la jurisprudence récente dévoile que plusieurs centaines d'ordonnances sont rendues annuellement sur le fondement de l'article R. 541-1 du Code de justice administrative (CJA) dont une partie non négligeable accueille les prétentions des demandeurs¹⁰.

⁷ Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence, R.F.D.A. 2000, p.941.

⁸ S'il est admis que l'administration peut obtenir le versement d'une provision en référé, cette hypothèse représente une faible part du contentieux, qui se concentre principalement en matière contractuelle lorsque la personne publique entend obtenir l'indemnisation de désordres apparus pendant l'exécution du contrat. Voir par exemple : C.E., 2 juin 2004, *Commune de Cluny*, B.J.C.P. 2004, p.31, note J.-P. PIETRI ; J.C.P.A. 2004, p.1138, note F. LINDITCH.

⁹ Selon cet article, « Le Président du Tribunal administratif ou de la Cour administrative d'appel, le magistrat que l'un deux délègue peut accorder une provision au créancier qui a saisi le Tribunal ou la Cour d'une demande au fond lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Il peut même d'office subordonner le versement de la provision à la constitution d'une garantie ».

¹⁰ Pour un exemple récent : C.E., 13 juillet 2006, *M.A.*, N°294708. Dans cette espèce, le Conseil d'Etat a condamné l'Etat au versement d'une somme d'argent à titre de provision sur le traitement dû à un magistrat.

Plus qu'un outil courant, le référé-provision est devenu un outil efficace de traitement des contentieux pécuniaires de l'administration. Ce constat actuel est fort éloigné de celui qui était généralement dressé¹¹ à l'aube de la mise en œuvre de la réforme des référés administratifs. Ce qui laisse apparaître qu'un profond changement s'est opéré dans la conception qu'en avaient tant le juge que l'administration ou les requérants.

Ces derniers n'hésitent plus en effet, dans un nombre toujours croissant de domaines, à user de cette possibilité en vue d'obtenir à titre de provision le règlement de la créance qu'ils invoquent. L'absence de requête au fond ne les effraie plus¹² et les rouages de ce mécanisme de règlement des litiges pécuniaires semblent être maîtrisés¹³. Succès flatteur pour le juge administratif, puisqu'il souligne la confiance des justiciables dans la qualité des ordonnances rendues et dans leur efficacité.

De son côté, le juge n'hésite plus à octroyer de provisions et admet d'ailleurs fréquemment, dans certains domaines particuliers, le versement de sommes équivalentes au montant de la créance invoquée. Nombre de ses réticences passées ont par ailleurs disparu. Que cela soit la crainte de paralyser l'action administrative, de préjudicier au principal, de porter atteinte aux finances publiques ou d'être déjugé au fond. Aidé en cela par des garanties prévues au code de justice administrative et motivé par les invitations répétées des pouvoirs publics et des praticiens¹⁴, le juge des référés s'est approprié en quelques années un outil qu'il avait délaissé pendant plus d'une décennie.

3. Afin de comprendre cette évolution, et se faire une idée précise de ce qu'est aujourd'hui le référé-provision, il convient d'évoquer les étapes à l'issue desquelles les

¹¹ Le rapport de la Commission des lois du Sénat déposé le 26 mai 1999, préc., note 3, constatait en effet que « l'application jurisprudentielle du référé-provision n'a pas rencontré le succès attendu » et que bien que « créé au bénéfice du citoyen, il est peu utilisé en pratique, en raison d'une jurisprudence restrictive ».

¹² Le Code de justice administrative prévoit en effet la possibilité de faire appel, dans un délai de quinze jours, de l'ordonnance du juge des référés ainsi que la possibilité pour le débiteur de la provision de saisir le juge du fond dans un délai de deux mois afin qu'il soit statué définitivement sur le montant de sa dette.

¹³ Le rejet des requêtes est en effet motivé le plus souvent par l'absence de caractère non sérieusement contestable de l'obligation invoquée et non par leur irrecevabilité.

¹⁴ Voir par exemple : CH. DEBOUY, « Pour un référé-provision administratif », J.C.P. 1984, I, 3164.

obstacles ou réticences à user de cet outil de façon effective ont été levés par le pouvoir réglementaire et le juge lui-même. Au terme de cette transformation, le référé provision est passé du statut de « parent pauvre » du contentieux administratif, d'instrument peu usité, à celui d'outil efficace fréquemment utilisé. Au point que l'on peut se demander s'il n'est pas devenu un mode de règlement des litiges permettant d'éviter le jugement au fond, ou autrement dit une sorte de « référé au fond », tel qu'est qualifié le référé-provision par les spécialistes de procédure civile.

Il ressort de cet examen que le référé provision a été mis en place et adopté par le contentieux administratif en ayant constamment comme point de référence le modèle « quasi parfait » du référé-provision civil. Nombre des évolutions qu'il a connues, tant en raison des modifications des textes que des inflexions de la jurisprudence, se sont faites grâce ou à cause de la volonté d'atteindre la même efficacité que celle de son homologue civil. Le référé-provision n'est toutefois pas la retranscription exacte de l'article 809 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile (NCPC)¹⁵. Si bien qu'il constitue un objet juridique hybride, difficilement classable au sein des procédures de référés administratifs, avant comme depuis la réforme du 22 novembre 2000 **(I)**.

Il est également possible de souligner une tendance qui, si elle ne vaut pas pour l'ensemble des instances, semble s'affirmer de plus en plus. Cette tendance conduit juge et justiciables à faire du référé-provision un instrument de prévention du règlement des litiges au fond dès lors au moins que certaines conditions sont remplies. Le référé-provision semble ainsi pouvoir constituer un mode de règlement définitif de certains différends pécuniaires. Cette affirmation entraîne alors des modifications importantes tant en ce qui concerne la notion de provision qu'en ce qui concerne l'office du juge du référé-provision **(II)**.

¹⁵ Selon cet article : « Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il (le président du Tribunal de grande instance) peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire. ». Pour des études doctrinales, voir notamment : J. VINCENT, « Les pouvoirs du juge en matière de provision », Mélanges en l'honneur de P. KAYSERN, 1979, T.2, p.417 ; J.-P. ROUSSE, « Le pouvoir du juge des référés d'accorder une provision au créancier dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable », Gaz. Pal. 1975, 1, doctrine, p.13 ; R. de GOUTTES, « Le contrôle de la contestation sérieuse par la Cour de cassation », J.C.P., 2001, p. 2349 ; A. BOUJEKA, « Le référé-provision devant les Chambres civiles de la Cour de cassation: l'harmonie retrouvée », L.P.A., 5 mars 2002, p. 19.

I- Le référé-provision administratif, un référé hybride

4. La volonté de réformer les procédures d'urgence à la fin des années 90 a été l'occasion de faire le bilan de la pratique de l'article R.129 CTA-CAA. Or, malgré la volonté initiale de s'inspirer du Nouveau code de procédure civile et de parer au refus du Conseil d'Etat d'accorder des provisions en référé, il est apparu que le référé-provision administratif demeurerait trop strictement encadré pour atteindre l'efficacité du référé civil. Si bien qu'il fallut à nouveau revoir ses modalités de mise en œuvre en copiant le modèle civil. Les auteurs de la réforme n'ont toutefois pas totalement succombé à la tentation de la procédure civile **(A)** et conservé au référé-provision administratif certains traits distinctifs. Ce « mélange des genres » ne facilite pas la classification du référé-provision au sein des référés administratifs, dont il constitue un spécimen spécifique **(B)**.

A- Référé-provision administratif et référé civil

5. Le référé-provision, s'il ne dispose pas du monopole des relations mutuellement bénéfiques entre procédures civile et administrative¹⁶, en est toutefois une illustration particulièrement éclairante.

En effet, c'est en se fondant sur l'article 809 alinéa 2 NCPC que certains requérants ont, dans le courant des années 70, demandé que de telles provisions leur soient accordées. Ce fut le point de départ d'une lente évolution jurisprudentielle et

¹⁶ Selon le professeur CHAPUS, in « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », E.D.C.E. 1977-1978, p.14.

textuelle qui vit d'abord le Conseil d'Etat, malgré les critiques de plus en plus nombreuses, maintenir son refus de transposition du référé-provision civil en contentieux administratif (1°), puis le pouvoir réglementaire retranscrire imparfaitement l'article 809 alinéa 2 dans le Code des tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel (2°).

1° Le refus de transposition de l'article 809 alinéa 2 du Code de procédure civile

6. La réalisation de travaux par une entreprise privée au profit du centre hospitalier de Bourg-en-Bresse fut l'occasion pour le Tribunal administratif de Lyon¹⁷, d'octroyer pour la première fois en référé une provision sur le fondement de l'article R. 102 CTA¹⁸ en « s'inspirant des principes découlant de l'article 809 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile ». Soumettant l'octroi de cette provision à la condition que l'obligation ne soit pas sérieusement contestable et que la mesure demandée présente un caractère d'urgence et d'utilité eu égard aux circonstances de l'espèce, le juge administratif s'inscrivait alors dans une tentative d'autres tribunaux¹⁹ de faire entrer le référé-provision civil dans le contentieux administratif. L'application du mécanisme civil n'était toutefois pas parfaite puisque le Tribunal vérifiait que la condition liée à l'urgence était remplie, alors que la jurisprudence civile avait abandonné cette condition quelques années auparavant²⁰.

Cette tentative remarquée ne fut toutefois pas prolongée, dès lors que le Conseil d'Etat continua de refuser l'octroi aux créanciers une provision à valoir sur les sommes dues²¹. Et ce, pour plusieurs raisons que l'on peut ici rappeler.

¹⁷ T.A. de Lyon, 5 avril 1979, *S.A.R.L. Gervais*, C.J.E.G. 1980, J., p.5, note M. L. G.-B. ; Gaz. Pal. 1979, 2, p.581.

¹⁸ En vertu de l'article R. 102 CTA, « dans tous les cas d'urgence, le président du Tribunal administratif (...) peut ordonner toute mesure utile sans faire préjudice au principal (...) ».

¹⁹ Voir notamment : T.A. de Lyon, 18 janvier 1980, *Mme Pierre c/ E.D.F.* ; T.A. de Grenoble, 8 juillet 1980, *Mme Piccolotto*, cités in CH. DEBOUY, « Pour un référé-provision administratif », préc.

²⁰ Civ., 4 novembre 1976, C.J.E.G. 1977, J., p.119.

²¹ L'ordonnance du Tribunal administratif de Lyon fut annulée par un arrêt C.E., 24 octobre 1980, *Sté Blunzger*, D.A. 1980, n°393 ; J.C.P. 1981, n°19691, note E.-P. BURKI. Le Conseil d'Etat confirma cette solution à plusieurs reprises par la suite : C.E., 20 juin 1980, *Gaz de France*, préc. ; C.E., 2 décembre 1981, *Sté des*

7. De façon constante jusqu'à la réforme de 1988, le Conseil d'Etat motiva en effet son refus par l'impossibilité d'appliquer l'article 809 alinéa 2 NCPC et par l'interdiction faite au juge des référés de préjudicier au principal. Sur ces deux points, les conclusions du Commissaire du gouvernement ROUGEVIN-BAVILLE sur l'arrêt *Gaz de France*, s'avèrent très instructives.

Pour refuser l'application de l'article 809 alinéa 2 NCPC, celui-ci se fondait sur l'absence d'un renvoi exprès par l'article R. 102 CTA ainsi que sur l'absence de vide juridique qui aurait seul permis d'user des dispositions de procédure civile. Mais plutôt qu'un vide juridique, le commissaire du gouvernement constatait que la matière du référé était régie par deux textes contradictoires impliquant l'exclusion des règles de procédure civile en contentieux administratif. Dans la mesure où l'application de l'article 809 alinéa 2 NCPC conduisait à préjuger de la responsabilité d'une des parties, l'article R. 102 CTA s'opposait certainement à l'octroi d'une provision²².

Cette affirmation, qui ne sera pas remise en cause par la jurisprudence fera toutefois l'objet d'un certain nombre de critiques ou nuances. Il sera en effet avancé que l'application de la procédure civile par le juge administratif n'exige pas nécessairement la constatation d'un vide juridique. Le Président Odent considérait en effet que « chaque fois qu'aucune considération tirée de la structure ou des conditions de fonctionnement des services publics n'y fait obstacle, ce sont les textes mêmes de la procédure civile qui s'appliquent »²³. En outre, même en matière de référé administratif, le juge acceptera par la suite d'appliquer certains articles du nouveau Code de procédure civile aux ordonnances rendues sur le fondement de l'article R. 102 CTA²⁴.

parkings de la Communauté urbaine de Strasbourg, D.A., 1982, n°27, R.D.P. 1982, p.855 ; C.E., 18 novembre 1983, *Lemaitre*, D.A. 1983, n°487 ; C.E., 2 octobre 1987, *Nehal*, D.A. 1987, n°601.

²² T.A. de Marseille, 17 mai 1979, *Sté Corse Travaux et autre*, p.517 : « les dispositions sus-reproduites de l'article R. 102 CTA font dès lors obstacle à la recevabilité de la demande de provision. »

²³ R. ODENT, *Contentieux administratif*, 1966, p.7, cité in E.-P. BURKI, note sous C.E., 24 octobre 1980, *Sté Bluntzer*, préc.

²⁴ Voir par exemple : C.E., 24 février 1982, *Sté entreprise industrielle et financière pour les travaux publics et le bâtiment*, p.87. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat fait application de l'article 488 alinéa 2 du Nouv. C. proc. civ. selon lequel l'ordonnance de référé ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles.

Malgré ces nuances, un obstacle demeurait diriment : celui de ne pas préjudicier au principal qu'imposait le Code des tribunaux administratifs²⁵. En effet, « l'affirmation de l'exigibilité de la demande de provision impliquerait nécessairement de la part du juge des référés administratifs l'appréciation des chances et succès et même la reconnaissance du bien-fondé au moins pour partie des conclusions présentées sur le fond »²⁶ ce qui irait à l'encontre de l'office du juge des référés. Le Conseil d'Etat veillait donc au maintien d'une cohérence entre les pouvoirs du juge lorsqu'il était saisi de conclusions à fin de référé et ceux dont il disposait lorsqu'il était saisi de conclusions au fond²⁷. Il conservait ainsi une conception stricte de la notion de préjudice au principal²⁸ en exigeant du juge des référés qu'il « laisse intacts les droits des parties sur le fond »²⁹ et ne prenne pas position sur une question touchant le fond du droit³⁰ telle la responsabilité de la puissance publique ou le montant d'une indemnité pour dommages de travaux publics³¹.

8. La question de l'expulsion des occupants sans titre du domaine public par la voie du référé permet toutefois aux défenseurs du référé-provision d'espérer une évolution de la jurisprudence administrative. En effet, initialement opposé à une telle possibilité dans la mesure où le prononcé d'une mesure d'expulsion conduirait le juge à se prononcer sur le fond de l'affaire et le contenu des titres de chaque partie, le Conseil d'Etat, suivant ainsi un mouvement initié par la Cour de cassation³², assouplit

²⁵ Dans l'arrêt *Sté blunzger*, préc., le Conseil rappelle que « l'octroi d'une provision aux créanciers éventuels est une mesure qui fait préjudice au principal au sens de l'article R.102 du Code des tribunaux administratifs.

²⁶ T.A. de Marseille, 17 mai 1979, *Sté Corse Travaux et autre*, préc.

²⁷ Voir en ce sens les conclusions LATOURNERIE sur C.E., Ass., 17 décembre 1976, *Ferignac*, p.553.

²⁸ Selon le Commissaire du Gouvernement ROUGEVIN-BAVILLE : « toute mesure, même provisoire, et même souvent la simple expertise préjudicie peu ou prou la solution finale du litige, ne serait-ce que parce qu'elle donne des indications quant à la réaction du juge face au problème qui lui est soumis » in concl. sur C.E., 20 juin 1980, *Gaz de France*, préc.

²⁹ C.E., 30 octobre 1959, *Ministre des armées c/ Sté chaudronnière de Courbevoie*, p.569.

³⁰ C.E., 14 mars 1958, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction et au logement c/ Consorts Hué*, A.J.D.A. 1958.II.186, concl. GREVISSE ; C.E., 9 février 1962, *Vivien*, p.100 ; C.E., 14 décembre 1966, *Département de la Seine*.

³¹ C.E., 27 juillet 1979, *M. Bonnet*, D.A. 1979, n°299.

³² Emprunté au Code de procédure civile de 1806, l'exigence de ne pas préjudicier au fond fut interprétée de manière souple par la Cour de cassation à partir des années vingt, qui ne se réfèrent plus qu'à l'existence d'une obligation non sérieusement contestable. Voir par exemple : Cass. Req. 25 octobre 1920, D.P. 1921.1, p.62. Le juge des référés peut « ordonner l'expulsion immédiate d'un locataire, bien que celui-ci soulève une difficulté qui touche au fond du droit, s'il est établi par les faits et les circonstances de la cause que sa contestation n'est pas sérieuse ».

l'obligation de ne pas préjudicier au principal en exigeant seulement qu'il n'y ait pas de contestation sérieuse³³. Plusieurs arguments permettaient de justifier un tel assouplissement. Un de ceux-ci consistait à considérer qu'en l'absence de contestation sérieuse, il n'y avait pas de véritable litige au fond auquel l'ordonnance pourrait préjudicier³⁴. Dans la pratique, le juge administratif accepta-t-il ainsi, conformément aux conclusions du Commissaire du gouvernement sur l'arrêt *Commune de Sallanches*³⁵, d'assouplir sa position à l'occasion de litiges dans lesquels la question de fond ne posait pas de difficulté. En l'absence de contestation sérieuse, le juge des référés ne préjudiciait alors pas au principal.

A la suite de cette évolution, la demande de transposition du référé-provision civil en contentieux administratif ne manqua pas de s'intensifier, soulignant les avantages que les requérants pourraient tirer d'un mécanisme simple et rapide de traitement des litiges, et minimisant les craintes du juge administratif en insistant sur le caractère provisoire des mesures de référé³⁶ et l'absence d'autorité de chose jugée des ordonnances rendues. Ces demandes furent entendues puisque le décret du 2 septembre 1988 instaura un référé-provision administratif proche de son homologue civil. Proche mais pas identique.

2° Une transcription imparfaite en contentieux administratif

9. Parallèlement à la loi du 31 décembre 1987 réformant le contentieux administratif, le pouvoir réglementaire modifia les dispositions relatives aux mesures de

³³ C.E., 2 mars 1977, *Commune Sallanches* ; C.E., 24 janvier 1973, *Spitari et Krehl*, A.J.D.A. 1973, p.496, note DUFAU ; C.E., 22 juin 1977, *Dame Abadie*, p.288 ; C.E., Ass., 3 mars 1978, *Lecoq*, A.J.D.A. 1978, p.581, concl. LABETOUILLE, note F de B.

³⁴ Pour une opinion différente : P.-L. FRIER, « Un inconnu : le vrai référé administratif », préc. Pour l'auteur, cet argument constitue en réalité un « tour de passe-passe » justifié par une volonté de préserver le domaine public et la continuité du service public.

³⁵ Conclusions DENOIX de SAINT MARC sur C.E., 2 mars 1977, *Commune de Sallanches*, préc., citées in P.-L. FRIER, *Ibid.*

³⁶ E.-P. BURKI, note sous C.E., 24 octobre 1980, *Sté Bluntzer*, préc. et CH. DEBOUY, « Pour un référé-provision administratif ».

référé sans attendre la mise à jour du Code des tribunaux administratifs³⁷. Mais la transcription ne fut pas parfaite.

Conscients qu'il était « conforme à une bonne administration de la justice que les dommages causés aux particuliers par le fonctionnement des services publics ou des ouvrages publics soient rapidement réparés, dès lors que le principe de cette réparation ne souffre pas de discussion »³⁸, les auteurs du décret ont permis au juge administratif des référés, lorsqu'existe une obligation non sérieusement contestable, d'octroyer une provision au demandeur.

Clairement inspiré du Nouveau code de procédure civile, l'article R. 129 CTA-CAA s'en écartait cependant puisque certaines conditions étaient ajoutées, limitant à la fois la marge de manœuvre du juge des référés et la maniabilité de ce nouvel instrument. En effet, l'article R. 129 CTA-CAA soumettait la recevabilité de la demande de provision à la condition qu'une demande au fond ait été préalablement déposée devant le juge administratif³⁹. Il permettait par ailleurs au juge des référés de subordonner l'octroi d'une provision à la constitution par son créancier de garanties.

Les raisons qui motivèrent ces différences n'étaient pas très éloignées de celles qui justifiaient le refus initial du juge administratif d'accorder des provisions sur le fondement de l'article R. 102 CTA. Cela explique d'ailleurs certainement le peu de succès que rencontra en pratique le référé-provision, et le peu d'entrain que mit le juge administratif à en faire application.

Il s'agissait en effet d'apaiser les craintes du juge des référés de se transformer en juge du fond sans que les garanties procédurales classiques ne soient respectées⁴⁰; il s'agissait également de préserver les finances publiques.

³⁷ A la différence des quatre autres décrets du même jour, le décret n°88-907 ne constitue pas un décret d'application de la loi du 31 décembre 1987.

³⁸ Conclusions REOUGEVIN-BAVILLE sur C.E., 20 juin 1980, *Gaz de France*, préc.

³⁹ Par exemple : T.A. d'Orléans, 29 mars 1988, *Dame Barbaglia*, req. n°900252

⁴⁰ P.-L. FRIER, « Un inconnu : le vrai référé administratif », préc. p.71. L'auteur craint les conséquences de cette justice à deux vitesses.

Ainsi, en imposant l'exigence d'un recours au fond et en admettant la constitution de garanties, l'article R. 129 CTA-CAA permettait-t-il au juge administratif de s'assurer que l'administration ne serait pas condamnée à verser une somme, même non sérieusement contestable, sans avoir l'assurance de pouvoir la récupérer en cas d'erreur commise avant dire droit⁴¹. Le caractère accessoire de la demande de référé-provision lui garantissait également un règlement au fond du litige pécuniaire, et non pas seulement un jugement rendu au terme d'une procédure rapide. La crainte du coût financier excessif de la mise en œuvre du référé-provision était par ailleurs atténuée par la possibilité offerte au juge d'imposer la constitution d'une garantie au créancier des provisions importantes, tant que le jugement au fond ne serait pas rendu.

Au regard de telles exigences, il est vite apparu que le décret avait donné d'une main ce qu'il tentait de retenir de l'autre. De telle sorte que le bilan de son application ne fut pas très flatteur soit parce que les ordonnances accordant une provision furent moins nombreuses qu'espérées en raison de la peur de préjuger au fond⁴² ou d'être déjugé au fond, soit parce que les conditions de mise en œuvre du référé-provision étaient suffisamment strictes pour que le juge des référés n'osât pas l'utiliser⁴³ ou refusât de l'utiliser⁴⁴.

⁴¹ Les personnes publiques ne peuvent en effet pas être condamnées à verser une somme qu'elles ne doivent pas. Voir pour un rappel récent : C.A.A. de Versailles, 7 mars 2006, *Commune de Draveil c/ Sté Net Works France*.

⁴² Des provisions d'un montant important ne furent pas fréquemment accordées, et principalement dans le cadre des régimes de responsabilité sans faute tels que les accidents de travaux publics. Alors même que les demandes portaient parfois sur l'intégralité de la créance invoquée, le juge des référés, ne souhaitant pas se substituer au juge du fond et résoudre de façon définitive un litige pécuniaire, refusait en général de la leur accorder alors que rien ne le lui interdisait. Voir *a contrario* : T.A. de Strasbourg, *OPHLM du Bas-Rhin*, A.J.D.A. 1989, p.640, obs. X. PRELOT. Voir également J.-P. JOUGUELET et F. LOLOUM, commentaire du décret du 2 septembre 1988, A.J.D.A. 1989, p.779 et G. ROSSINYOL, « Bilan jurisprudentiel de l'utilisation du référé-provision de 1991 à 1997 », préc., p.433.

⁴³ En ce sens : R. VANDERMEEREN, « Les procédures d'urgence devant le juge administratif en matière de contrats publics à la veille de l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000 », B.J.C.P., 2000, p.390.

⁴⁴ Le juge des référés ne s'estimait en effet pas tenu d'accorder de provision au demandeur, y compris lorsque les conditions prévues à l'article R.129 C.T.A. étaient remplies : C.A.A. de Paris, 16 novembre 1989, *Cie d'assurances La France*, p.952, D.A. 1993, n°463, obs. M.P., R.D.P. 1994, p.1987 ; T.A. de Clermont-Ferrand, 21 août 1990, *Dame Menager*, req. n° 90798. Le juge des référés prenait en considération l'intérêt général ou celui d'une bonne administration de la justice pour s'opposer à l'octroi d'une provision.

10. Ce bilan somme-toute assez pauvre⁴⁵ eu égard aux attentes dont le référé-provision faisait l'objet, était bien éloigné de celui dont pouvait s'enorgueillir le juge judiciaire qui, n'étant pas lié par de telles restrictions, avait dans le même temps développé une jurisprudence parfois audacieuse en accordant au titre d'une provision, une somme pouvant atteindre l'intégralité de la dette alléguée, réglant ainsi définitivement le litige pécuniaire⁴⁶. Si bien qu'il apparut nécessaire, à la marge de la réforme des procédures d'urgence, de procéder à de nouveaux aménagements de la procédure de référé-provision. C'est ce que fit le décret n° 2000-1115 du 22 novembre 2000 en supprimant les conditions qui semblaient restreindre son utilisation tout en conservant certaines garanties pour l'administration. Le référé-provision administratif se rapprochait encore du référé-provision civil conformément aux vœux des auteurs de la réforme⁴⁷.

Ainsi, en vertu de l'article R. 541-1 CJA, le juge administratif des référés peut-il, lorsqu'il est saisi par un créancier, accorder une provision « même en l'absence d'une demande au fond ». Le débiteur de la provision peut quant à lui saisir le juge du fond sur le fondement de l'article R.541-4 CJA afin que ce dernier fixe de façon définitive le montant de sa dette dans un délai de deux mois.

L'objectif poursuivi était ici encore d'atteindre l'efficacité du référé-provision civil et de vaincre les réticences propres au contentieux administratif⁴⁸. Supprimer le caractère accessoire du référé-provision devait permettre d'assurer un règlement rapide et efficace de certains litiges pécuniaires relativement simples, sans encombrer le prétoire des juges du fond dès lors que les parties se satisfaisaient de la provision⁴⁹.

⁴⁵ En ce sens : B. BATJOM, « Le référé-provision à l'épreuve de quatre années d'existence », préc. L'auteur souligne de façon générale le faible nombre de provisions accordées et leur faible montant. Dans le même sens : G. ROSSINYOL, préc., p.433 : « lorsque le juge statue en faveur du requérant, les sommes allouées sont rarement exorbitantes. ».

⁴⁶ Cass., 20 janvier 1981, *Belin*, Gaz. Pal. 1981.1.132

⁴⁷ Voir le rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence, R.F.D.A. 2000, p.941.

⁴⁸ Selon le rapport du Sénat n°380 préc., p.7, la réforme devait viser à accorder au juge des référés des pouvoirs « sinon équivalents du moins proches de ceux du juge des référés en matière civile ».

⁴⁹ La suppression du caractère accessoire du référé-provision permet en effet d'introduire une demande devant le juge des référés sans même qu'une demande préalable ait été formée. Toutefois, en cas de recours administratif obligatoire, la recevabilité de la demande de provision sera soumise à l'accomplissement de cette formalité : C.E., 10 juillet 2002, *S.A.R.L. Grey diffusion*, p.271 ; R.J.E.P. 2002, p.662, concl. J. COURTIAL ; R.J.F. 2002, p. 760, concl. ; Droit Fiscal 2002, p. 938, note A. LEFEUVRE.

L'alignement sur la procédure civile n'était toutefois pas parfait puisque le pouvoir réglementaire laissa subsister la possibilité de soumettre l'allocation d'une provision à la constitution d'une garantie, et ce même d'office⁵⁰.

Cette volonté persistante de vouloir marquer le référé-provision administratif de certains traits distinctifs a fait de lui, malgré une tendance actuelle de la pratique à se rapprocher très nettement de celle du référé civil, un objet difficilement classable au sein des référés administratifs.

B- Référé-provision et référés administratifs

11. Il ne faudrait pas, sous peine de peindre un tableau trop impressionniste, forcer le trait jusqu'à affirmer l'absolue spécificité du référé-provision par rapport aux autres types de référés administratifs. Il a en effet existé sous le régime de l'article R. 129 CTA-CAA et il existe aujourd'hui sous celui de l'article R. 541-1 CJA un ensemble de règles communes aux référés administratifs, qui se justifient par certains caractères communs et une conception générale de l'office du juge des référés.

On ne saurait toutefois méconnaître le traitement particulier qui a été accordé au référé-provision par le législateur et le pouvoir réglementaire et qui en a fait un outil à part. La volonté de le démarquer du référé-provision civil par certains caractères propres a ainsi rendu difficile le classement par la doctrine de cette « incongruité »⁵¹ parmi les autres référés administratifs. Si bien qu'il apparaît parfois comme un « mal aimé », loin d'enthousiasmer les auteurs des manuels, malgré l'intérêt pratique que l'on peut lui reconnaître par ailleurs. Ceci peut se comprendre si l'on rappelle le peu d'intérêt qu'a suscité ce mécanisme lors de l'adoption des deux dernières grandes réformes du contentieux administratif, qui s'est manifesté par un traitement à la marge des lois du 31 décembre 1987 et du 30 juin 2000.

⁵⁰ La constitution d'une garantie peut toutefois être contestée en appel : C.A.A. de Nancy, 16 février 2006, n°05NC01037.

⁵¹ In B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 6^e édition, P.U.F., Coll. Droit fondamental, 2002, p.340.

C'est en effet dans un quasi-anonymat qu'est instauré pour la première fois le référé-provision puisqu'il n'était pas prévu par la réforme du contentieux administratif et n'a pas bénéficié de l'honneur ni de la loi ni d'un de ces décrets d'application. Malgré la volonté affichée des auteurs de la réforme d'accélérer le traitement des recours devant le juge administratif et de désengorger le rôle des tribunaux administratifs, il n'a pas été jugé utile de donner au référé-provision l'importance que lui accordait la doctrine⁵².

Par la suite, l'adoption par voie réglementaire⁵³ des modifications apportées au référé-provision a largement été passée sous silence lors du vote de la réforme des procédures d'urgence, les commentaires portant légitimement sur les « grandes » techniques de référé consacrées par la loi⁵⁴. La circulaire n° 2002-23 du 26 mars 2002 relative aux référés devant le juge administratif n'y porte d'ailleurs qu'une attention polie en lui consacrant une dizaine de lignes.

La suppression du caractère accessoire du référé-provision administratif visant à accroître son efficacité a cependant emporté d'importantes conséquences dans la manière dont il était jusqu'alors classé au sein des référés administratifs. Ce rapprochement du référé civil, ajouté à d'autres particularités du référé-provision administratif, en fait un référé « spécifique » en raison de son objet (**1°**), mais qui demeure néanmoins un référé « ordinaire » puisque non soumis à une condition d'urgence (**2°**).

1° Un référé spécifique en raison de son objet

⁵² S'il est vrai fait que les référés conservatoire (Art. R.130 C.t.a.) et instruction (Art. R. 128 C.t.a.) n'ont pas non plus été intégré à la réforme, il convient de noter que ces deux procédures découlaient du « dédoublement du régime antérieur du référé », in R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 8^e édition, Montchrestien, 1999, p.1182.

⁵³ La loi du 30 juin 2000 renvoie au pouvoir réglementaire le soin de déterminer l'objet des mesures de référés non soumis à la condition d'urgence.

⁵⁴ « Ces référés intéressent en effet tant les « garanties fondamentales » d'exercice des « libertés publiques » que le respect des « droits de la défense (...) tels qu'ils résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » in R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^e édition, Montchrestien, 2006, p.1341.

12. Le référé-provision a fait, avant comme après la réforme des référés d'urgence, l'objet de diverses qualifications au sein des référés-administratifs. On peut toutefois observer que le terme de « référé de droit commun » est le qualificatif le plus souvent retenu⁵⁵. Plusieurs raisons viennent justifier ce choix.

En premier lieu, sous le régime de l'article R. 129 CTA-CAA, le référé-provision était considéré comme fruit de l'éclatement du référé unique auquel avait procédé le décret du 2 septembre 1988, à côté du référé-instruction et du référé-conservatoire. Ils se distinguaient alors d'un certain nombre de référés intervenant dans des domaines particuliers et régis par des textes spécifiques : référés en matière audiovisuelle, en matière de reconduite à la frontière, en matière fiscale ou encore contractuelle. En deuxième lieu, la soumission à un corps de règles communes à l'ensemble de ces référés-administratifs, au-delà des particularités liées à l'objet de chacun d'entre eux, justifiait la qualification de référé de droit commun : compétence d'un juge unique, caractère provisoire des mesures prononcées, absence d'autorité de chose jugée des ordonnances de référé, ainsi qu'un ensemble de règles ayant trait à la compétence et à la procédure devant être observées par le juge des référés⁵⁶. En dernier lieu, avant comme après la réforme du 22 novembre 2000, la possibilité de mettre en œuvre ces référés dans tout type de contentieux, devant toutes les juridictions administratives de droit commun – mais devant elles seules⁵⁷, sans considération de l'objet de la demande, en faisait des procédures de droit commun⁵⁸ distincts des procédures d'urgence spécifiques.

13. Malgré ces arguments, la qualification de référé de droit commun mérite d'être nuancée à plusieurs égards. D'une part parce que certains de ces arguments

⁵⁵ Par exemple R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 8^e et 12^e édition, Montchrestien 1999 et 2006 ; CH. HUGLO, *La pratique des référés administratifs*, Litec, 1993

⁵⁶ Pour des développements détaillés des règles de compétence et de procédure devant être respectées en matière de référé-provision, voir CH. HUGLO, *La pratique des référés administratifs*, préc., et J.-classer administratif, *Référé-provision*, fasc. n°1097 ; V. HAIM, *Le juge des référés accordant une provision*, J.-classer justice administrative, fasc. n°54.

⁵⁷ A la différence de la procédure civile, où le pouvoir d'octroyer une provision est également reconnu au bureau de conciliation du Conseil des prud'hommes ainsi qu'au juge de la mise en état.

⁵⁸ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 8^e édition, pp. 1167 et 1181 ; 12^e édition, p. 1417.

peuvent être contredits et d'autre part parce que la spécificité de l'objet du référé-provision justifie qu'on lui accorde un traitement distinct des autres référés.

En effet, même né à l'occasion de l'éclatement du référé unique de l'article R. 102 du Code des tribunaux administratifs, le référé-provision a constitué une réelle nouveauté au regard de ce qu'étaient les référés conservatoire et instruction et ne pouvait pas réellement être considéré comme le descendant du référé unique⁵⁹. Ceci avait d'ailleurs été noté par les premiers commentateurs du décret du 1988, qui ne qualifiaient de droit commun que les référés conservatoire et instruction⁶⁰.

Par ailleurs, il est difficile d'admettre que le référé-provision puisse être utilisé dans l'ensemble des contentieux. S'il est indéniable qu'aucun texte particulier ne lui a assigné un domaine propre, à la différence du référé précontractuel⁶¹ ou du référé fiscal⁶² par exemple, il est rarement conciliable avec le contentieux de l'excès de pouvoir. Sous le régime de l'article R.129 CTA-CAA, le litige principal ne pouvait pas être un recours pour excès de pouvoir mais seulement un litige d'ordre pécuniaire⁶³. Par la suite, la règle est demeurée, malgré la suppression du caractère accessoire du référé-provision, selon laquelle la demande doit porter sur l'allocation d'une somme d'argent chiffrée. L'existence parallèle d'un recours pour excès de pouvoir n'a dès lors d'influence que sur la qualification par le juge d'une obligation « non sérieusement contestable ». Ainsi, le refus du juge administratif d'annuler une décision dont l'illégalité prétendue justifiait la demande de provision conduit-il le juge des référés à rejeter la demande de provision⁶⁴.

⁵⁹ On notera qu'en procédure civile, l'instauration du référé-provision fut également vécue comme une réelle innovation, dont les traits particuliers ont conduit à le qualifier de référé « spécial ». Voir en ce sens : C. GIVERDON, *Référé spéciaux*, J.-class. Proc. civ., fasc. n°235-2.

⁶⁰ J.-P. JOUGUELET et F. LOLOUM, A.J.D.A. 1989, p.799.

⁶¹ Articles L. 551-1 et 2 ; R. 551-1 à 4 du Code de justice administrative.

⁶² Article L. 279 du Livre de procédure fiscal reproduit aux articles L. 552-1 et 2 du Code de justice administrative.

⁶³ C.E., 26 octobre 1988, *Bidalou*, p.377. Le recours pour excès de pouvoir est jugé incompatible avec le référé provision, y compris lorsqu'il tend à obtenir l'annulation d'une décision à l'origine de la dette dont le requérant demande compensation. En revanche, le recours au fond devait être précédé, à l'exception du domaine des travaux publics, d'une demande préalable visant au versement de la somme exigée. La demande de provision ne permettant pas de proroger le délai de recours contentieux contre le refus opposé à cette demande préalable : C.E., 27 septembre 1989, *M. Guerreiro*, p. 175, A.J.D.A. 1990, note X. PRETOT. Selon le Commissaire du gouvernement Chauvaux sur C.E., 10 avril 2005, *Maigret*, A.J.D.A. 2005, p.2413 : « une demande de référé ne se laisse rattacher à aucun cas classique d'interruption du délai de recours ».

⁶⁴ Par exemple : C.E., 27 janvier 2006, N°289213 :

14. De cette singularité de l'objet du référé-provision ont résulté diverses caractéristiques propres qui ont conduit certains auteurs à le classer parmi les référés spécifiques⁶⁵ ou encore particuliers⁶⁶. On évoquera ici les deux principales : le caractère initialement accessoire du référé-provision et l'exigence d'une obligation non sérieusement contestable.

15. La soumission initiale de l'octroi d'une provision à la condition qu'aie été préalablement déposé un recours au fond permettait de s'assurer que l'administration ne soit pas condamnée à verser une somme d'argent sans être garantie que le juge se prononcerait ensuite sur l'étendue exacte de ses droits et obligations. Cette restriction était donc justifiée par l'objet même des demandes de provision : le versement d'une somme d'argent au demandeur. Or, si ce caractère accessoire singularisait le référé-provision administratif au regard de son *alter ego* civil, il le singularisait également au regard des autres référés administratifs « de droit commun ». On distinguait en effet ces derniers du sursis à exécution en indiquant que celui-ci devait accompagner un recours principal sous peine d'irrecevabilité alors que la demande en référé de droit commun devait simplement se rattacher à « un litige principal actuel ou potentiel » et pouvait avoir un objet distinct de ce dernier. Le référé-provision jetait alors le trouble dans la distinction entre référés administratif et sursis à exécution, les premiers permettant le prononcé de mesures de sauvegarde, le second permettant la suspension d'actes administratifs⁶⁷.

La réforme du 22 novembre 2000 ayant supprimé le caractère accessoire de la procédure de référé-provision, ce dernier est désormais soumis à l'un des principes généraux des référés administratifs selon lequel le juge n'est pas nécessairement saisi

⁶⁵ B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^e édition, préc., p.357 et s. L'auteur classe le référé-provision parmi les référés spécifiques en raison de son objet particulier.

⁶⁶ O. GOHIN, *Contentieux administratif*, 4^e édition, Litec, 2005, p.321.

⁶⁷ B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 5^e édition, P.U.F., 1999, p.286.

d'un litige actuel⁶⁸ mais peut l'être d'un litige éventuel. Le juge du référé-provision continue-t-il ainsi à faire référence au litige principal qu'il soit actuel⁶⁹ ou potentiel⁷⁰.

16. L'exigence d'une obligation non sérieusement contestable, c'est-à-dire qui ne soulève pas de difficulté sérieuse, constitue la seconde caractéristique justifiée par l'objet du référé-provision, qui permet de le distinguer des autres formes de référés non soumis à la condition d'urgence⁷¹. Elle permet de s'assurer d'une part que l'administration ne sera condamnée à verser une somme d'argent que dans les situations les plus patentes⁷², et permet aux demandeurs d'obtenir le versement de cette somme sans avoir à recourir au juge du fond. La volonté de ne pas permettre trop aisément la condamnation de l'administration au versement d'une provision conduit toutefois le juge administratif à exercer un contrôle attentif de cette condition et à exiger du demandeur des preuves suffisantes de l'existence de la dette alléguée⁷³. A cette fin, il a tracé certaines lignes directrices permettant d'apprécier ce que recouvre une obligation non sérieusement contestable⁷⁴. Ainsi, le fait d'être contestée par le défendeur ne rend-il pas nécessairement l'obligation sérieusement contestable⁷⁵. Si l'inverse devrait être vrai, on constate cependant une tendance du juge des référés à allouer une provision en

⁶⁸ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^e édition, préc., p.1326.

⁶⁹ Dès lors que le jugement au fond est rendu, la demande de provision ou le recours contre l'ordonnance de référé deviennent sans objet. Voir par exemple : CE 18 mai 2005, n°264625 ; CAA de Marseille, 25 octobre 2004, n° 01MA02691

⁷⁰ Il le fait notamment pour déterminer sa compétence. Ainsi, est-il jugé qu'une demande de provision est irrecevable lorsque le litige principal auquel se rattache ou est susceptible de se rattacher la mesure qu'il lui est demandé de prescrire, n'échappe pas manifestement à la compétence de la juridiction administrative. Par exemple : CE 6 juin 2005, n°281137.

⁷¹ Seul le référé conservatoire de l'article L.521-3 du Code de justice administrative, référé d'urgence, est conditionné par la preuve de l'absence de « contestation sérieuse ».

⁷² L. VALLEE, concl. sur CE, Section, 29 janv. 2003, *Commune d'Anancy*, p.4 ; A.J.D.A. 2003, p.613, concl. ; Droit fiscal 29-2003 ; R.F.D.A. 2003, p.972, note A. POTTEAU : « pour générer l'allocation d'une provision au créancier, la probabilité de l'existence de l'obligation non sérieusement contestable doit confiner à la certitude ».

⁷³ Selon le PR. CHAPUS, « (...) cette condition peut donner matière à des appréciations n'excluant pas toute subjectivité, quant au degré de rigueur à manifester. Et, bien entendu, (...) elles sont liées aux circonstances de l'espèce », in *Droit du contentieux administratif*, 12^e édition, préc., p.1432.

⁷⁴ Le caractère non sérieusement contestable de l'obligation sera appréciée « eu égard à l'office du juge du référé-provision : C.E., Section, 29 janvier 2003, *Commune d'Anancy*, p.4, préc.

⁷⁵ C.E., Section, 10 avril 1992, *Centre hospitalier général d'Hyères*, p.169, D.A. 1992, n°259, R.F.D.A. 1993, p.88, concl. D. TEBUTEAU.

considérant l'absence de contestation du défendeur⁷⁶. Celle-ci n'est d'ailleurs pas obligatoire dans la mesure où c'est au requérant d'apporter la preuve que l'obligation n'est pas sérieusement contestable⁷⁷.

Or cette tâche est loin d'être aisée⁷⁸ et le juge des référés a fréquemment recours à une expertise préalable afin d'établir le bien-fondé de la créance alléguée⁷⁹. Ce faisant, il allège le fardeau de la preuve, qu'il s'agisse d'établir⁸⁰ et de chiffrer un préjudice⁸¹, d'apporter la preuve d'un lien de causalité⁸², d'un dommage⁸³, d'une faute⁸⁴, de déterminer le débiteur d'une obligation⁸⁵, etc. Il est par ailleurs tenu de motiver ses décisions quel que soit leur sens⁸⁶, même si l'on constate que la motivation des ordonnances de rejet est plus succincte⁸⁷. Le juge de cassation y veille, et exerce un contrôle attentif mais inégal sur la motivation des ordonnances de référé-provision⁸⁸.

⁷⁶ Le juge des référés statue au regard du seul dossier : C.E., 8 mars 2006, n°273352, sera publié aux Tables. Le juge du référé-provision doit néanmoins examiner tous les moyens présentés par le défendeur : C.E., 9 février 2004, *Billerach*, T., p.812 ; A.J.D.A. 2004, p.1150 ; Rev. Droit Immob. 2004, p.313, obs. F. MODERNE. Il conserve par ailleurs un pouvoir d'appréciation quant au montant de la provision accordée.

⁷⁷ La Cour de cassation a quant à elle jugé que s'il appartient au demandeur d'établir l'existence de la créance qu'il invoque, c'est au défendeur d'apporter la preuve qu'elle est sérieusement contestable : Cass. 1re civ., 10 mars 1983, J.C.P. G 1984, II, 22213, note DAVERAT.

⁷⁸ Le caractère non sérieusement contestable de l'obligation peut résulter soit des pièces fournies par le demandeur et incluses dans le dossier soit d'affirmations non contredites : C.E., 19 octobre 1993, *Port autonome de Marseille*, p.324. Inversement, c'est très souvent en raison de l'insuffisance des pièces du dossier que le juge des référés rejette les demandes de provisions en considérant que l'obligation ne peut être considérée comme non sérieusement contestable.

⁷⁹ Par exemple : C.E., 2 avril 2004, n° 257599 ; CE, 16 novembre 2005, *Commune de Nogent sur Marne*, p. 507, A.J.D.A. 2005, p.2323 ; JCPA, 13 février 2005, p.228, note F. LINDITCH.

⁸⁰ C.A.A. de Nancy du 24 juin 2004, n°00NC01587 ; C.A.A. de Marseille, 18 avril 2006, n°04MA02129.

⁸¹ C.E., 2 avril 2004, *Sté Alstom power turbomachines*, p. 150, B.J.C.P. 2004, p. 299, concl. D. PIVETEAU, note R.S.

⁸² C.A.A. de Paris, 21 avril 1994, *Département de la Martinique*, n° 93PA00358 ; C.A.A. de Lyon, 6 juin 1996, *SAEM Lyon Parc Auto*, n°95LY01025 ; C.A.A. de Bordeaux, 30 décembre 2004, n°03BX02279 ; C.A.A. de Nantes, 12 novembre 2004, n° 04NT00180.

⁸³ C.A.A. de Marseille 22 novembre 2004, n°04MA01116

⁸⁴ C.E., 2 juin 2004, *Commune de Cluny*, T., p. 811, J.C.P.A., 2004, p.1138 et C.E., 2 juin 2004, *Sté Selevom*, T., p.812, J.C.P.A., 2004, p.1138, note F. LINDITCH ; Contrats et Marchés publics, 1^{er} août 2004, p.31, note J.-P. PIETRI ; C.A.A. de Nantes, 13 décembre 2005, n°05NT01042 ; C.A.A. de Marseille, 2 juin 2005, n°01MA01397.

⁸⁵ C.E., 3 décembre 2003, *Sté Bernard Travaux Polynésie*, p.908, B.J.C.P. 2004, p.118, concl. D. Piveteau ; C.A.A. de Nantes, 3 octobre 2003, *Sté auxiliaire de travaux publics*, Contrats et marchés publics, 2004, p.7, note F. OLIVIER.

⁸⁶ Le juge des référés est tenu d'indiquer les faits sur lesquels il se fonde pour accorder une provision : C.E., 27 juin 1997, *Centre hospitalier de Lagny*, p.266.

⁸⁷ Voir cependant pour un contrôle de la motivation : C.A.A. de Marseille, 28 avril 2005, n°03MA01268.

⁸⁸ Le Conseil d'Etat exerce un contrôle normal de l'erreur de droit en cassation sur le raisonnement tenu par le juge du fond qui octroie une provision : C.E., 28 juillet 2000, *Institut national des appellations d'origine*, p.356. En revanche, il n'exige qu'une motivation sommaire, lorsque le juge du référé-provision rejette la demande et se retranche volontiers derrière « l'office du juge des référés » pour confirmer le rejet de la demande : C.E., 22 mars 1999, *Soudain*, p.87. De même, voir C.E., Section, 16 décembre 2005, *Lacroix*, A.J.D.A. 2006, p.582,

2° Un référé ordinaire, non soumis à la condition d'urgence

17. Spécifique au regard de son objet, le référé-provision n'en demeure pas moins un référé « ordinaire »⁸⁹ ou, dit autrement, un référé « non soumis à la condition d'urgence »⁹⁰. De façon continue depuis sa création, l'allocation d'une provision par le juge administratif n'exige pas d'apporter la preuve d'une quelconque urgence. Sous le régime de l'article R. 129 CTA-CAA, il se distinguait alors du constat d'urgence et du référé conservatoire dont la mise en œuvre exigeait la preuve de l'urgence⁹¹. Il en va de même aujourd'hui, puisque l'article R. 541-1 CJA constitue l'unique article composant le Titre V du Livre V de la partie réglementaire du Code de justice administrative, nettement séparé des dispositions propres au juge des référés statuant en urgence⁹². Le Conseil d'Etat l'a d'ailleurs rappelé tout récemment⁹³.

Néanmoins, ce n'est pas parce qu'il est inutile d'apporter la preuve d'une situation d'urgence, que le contexte dans lequel se situe le demandeur d'une provision n'est pas urgent. Il convient dès lors que le juge use de ce procédé « comme si » il y avait urgence. Celle-ci tient alors une place importante en matière de référé-provision et se décline de diverses manières au sein de la procédure qui le régit. Il s'agit en effet de permettre un jugement rapide⁹⁴, et les règles procédurales sont adéquatement adaptées à cette fin. Ainsi, à l'image des autres référés, « si l'urgence n'est pas une condition de leur succès, il va de soi que leur dénomination signifie qu'ils doivent être rapidement jugés, par un juge statuant seul et au terme d'une procédure allégée, caractérisée notamment par l'engagement rapide et l'abrègement de la contradiction »⁹⁵. Il résulte en effet de

chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; D.A., mai 2006, p.29, note P. CASSIA ; R.F.D.A. 2006, p.198 et concl. s. VERCLYTHE, p.513 ; G.A.C.A., n°18.

⁸⁹ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^e édition, préc., p.1417 et s.

⁹⁰ J. Barthélémy, « Les référés non subordonnés à la condition de l'urgence », R.F.D.A., 2002, p.272.

⁹¹ La condition d'urgence fut supprimée en 1988 pour le référé instruction.

⁹² Articles L. 521-1 à L. 523-1 et R. 522-1 à R.5233 CJA constituant respectivement les Titres II du Livre V des parties législative et réglementaire du code.

⁹³ C.E., 20 décembre 2006, *SNC Cannes Esterel, M. et Mme Picolo*, A.J.D.A. 2007, p.7.

⁹⁴ C.E., Section, 10 juillet 2002, *SARL Grey diffusion*, p.271 : « l'objet du référé provision organisé par l'article R. 541-1 est de permettre le versement rapide d'une provision (...) ».

⁹⁵ In R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^e édition, préc., p.1417.

l'article L. 511-1 CJA que le juge des référés doit se prononcer « dans les meilleurs délais ». Cette exigence est parfois renforcée par le législateur qui a notamment prévu à l'occasion du vote de la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure⁹⁶ la possibilité d'octroyer une provision d'urgence en cas de réquisition d'urgence décidée par le préfet⁹⁷.

Il résulte de cela un certain nombre d'aménagements apportés aux règles de compétence et de procédure ordinaires, qu'il s'agisse des règles de recevabilité⁹⁸, de l'absence d'audience publique obligatoire⁹⁹, de l'absence du commissaire du gouvernement¹⁰⁰, de l'application du principe du contradictoire, etc. Pour ne retenir que ce dernier exemple, il est notable que l'article L.5 CJA dispose, après avoir énoncé que l'instruction des affaires est contradictoire, que les exigences de la contradiction sont adaptées à celles de l'urgence. Dès lors, l'article R.541-2 CJA prévoit que la requête doit être immédiatement notifiée au défendeur, qui bénéficie d'un délai de réponse fixé par le juge¹⁰¹. En outre, il a été jugé, afin de contrecarrer la jurisprudence de certaines cours administratives d'appel¹⁰², que le juge du référé-provision n'est pas tenu de notifier au demandeur le mémoire en défense puisque l'ordonnance est rendue « à la suite d'une procédure particulière, adaptée à la nature de la demande et à la nécessité d'une décision rapide »¹⁰³, mais à la condition toutefois que le mémoire en défense « ne comporte pas d'élément nouveau susceptible d'influer sur sa décision »¹⁰⁴.

⁹⁶ Article 3 complétant l'article L. 2215-1 du CGCT par un 4°.

⁹⁷ La loi prévoit en effet que « dans les conditions prévues par le Code de justice administrative, le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue peut, dans les quarante-huit heures de la publication ou de la notification de l'arrêté, à la demande de la personne requise, accorder une provision représentant tout ou partie de l'indemnité précitée, lorsque l'existence et la réalité de cette indemnité ne sont pas sérieusement contestables ».

⁹⁸ Dispense d'une décision préalable, preuve simplifiée de l'intérêt pour agir : C.A.A. de Versailles, 30 mai 2006, *Maison de retraite intercommunale « Le Seigneurie »*, A.J.D.A. 2006, p.1487, note G. PELLISSIER. La Cour étend au référé-provision le régime de recevabilité simplifié déjà applicable aux référés d'urgence, en ce qui concerne la preuve de l'intérêt à agir des personnes physiques agissant au nom d'une personne morale.

⁹⁹ C.E., 20 mars 2000, *Département des Hauts de Seine* ; C.E., 25 octobre 2002, *Centre hospitalier de Colson*, A.J.D.A. 2003, p.183, concl. CH. MAUGÛE ; D.A. 2003, n°49, note C.M. On peut noter que le juge du référé-provision est toutefois libre de tenir une audience publique : C.E., 10 novembre 2006, *Magnon*, A.J.D.A. 2007, p.158.

¹⁰⁰ C.E., 30 décembre 2002, *Office public d'habitations de Nive*, p.509, A.J.D.A. 2003, p.960, R.F.D.A. 2003, p.179.

¹⁰¹ CE, Section., 28 juillet 1989, *Ville Lyon c/ Rives et autres*, p. 845, AJDA 1990, p. 68, obs. X. PRETOT

¹⁰² Par exemple : C.A.A. de Bordeaux, 19 juin 1990, *S.A. Etab. Mauret*, p. 451, R.F.D.A. 1991, p. 446.

¹⁰³ C.E., 29 janvier 2003, *Ville d'Annecy*, préc. Le Conseil d'Etat a par ailleurs jugé que cet allègement de la procédure ne porte pas atteinte au droit à un procès équitable tel qu'il est énoncé par la C.E.D.H. : C.E., Section, 5 avril 1996, *Syndicat des avocats de France*, p.118, R.F.D.A. 1996, p.1195, concl. J.-P. BONICHOT. Sur le

Ainsi, la nécessaire célérité avec laquelle le juge du référé-provision doit rendre ses ordonnances permet-elle de le rapprocher du modèle de « justice idéale » qu'évoque pour les députés le référé civil¹⁰⁵. L'efficacité de ce dernier tient en effet pour une bonne partie à son organisation, puisqu'à côté du mode d'assignation ordinaire, existe une procédure de référé « d'heure à heure » permettant de traiter les situations les plus urgentes. Alors même que l'urgence n'est pas à démontrer¹⁰⁶, le référé civil parvient, semble-t-il, à satisfaire les demandes de règlement bref de litiges d'ordre pécuniaire.

Le référé-provision administratif le permet-il ? Clairement inspiré du modèle civil, spécifiquement organisé pour répondre aux demandes des créanciers et soumis à une obligation de célérité, il semble pouvoir rivaliser avec le référé civil, et même plus encore puisque, assorti de garanties légitimes au profit de l'administration, il permet d'assurer une nécessaire conciliation entre l'intérêt financier immédiat des demandeurs et l'intérêt général. Reste que, même prévu pour la vitesse, un tel instrument exige d'être correctement manœuvré. C'est de la pratique du juge du référé-provision, dans les limites de son office, que dépend le succès d'un tel outil. Or, il semble que cette pratique, sous réserve que soient remplies certaines conditions, soit parvenue à faire du référé-provision administratif un véritable outil de prévention des litiges pécuniaires au fond.

principe d'impartialité : P. CASSIA, « Méconnaissance du principe d'impartialité par le juge des référés », A.J.D.A., 2006, p.327.

¹⁰⁴ C.E., 2 avril 2004, *Sté SOGEA*, p.811 ; C.E., 13 avril 2005, *Sté GRAPHTEL*, n°252126 ; C.E., 16 novembre 2005, *Commune de Nogent sur Marne*, J.C.P.A. 13 février 2005, p.228, note F. LINDITCH : le Conseil d'Etat précise que si le juge du référé-provision décide de communiquer le mémoire en défense au requérant et lui impartit un délai pour y répondre, il ne peut, sans irrégularité, statuer sur la demande de provision avant que ce délai soit expiré.

¹⁰⁵ Voir Rapport de M. F. COLOMBET, préc.

¹⁰⁶ Cass. 3e civ., 6 décembre 1977, Bull. civ. III, n° 428.

II- Un outil de prévention des litiges pécuniaires au fond

18. A la différence du référé-civil que l'on a envisagé dès l'origine comme une procédure de fond¹⁰⁷, le référé-provision administratif est longtemps resté, et demeure encore pour certains auteurs, et dans certaines hypothèses pour le juge des référés, une procédure *provisoire*, « dans l'attente » d'un règlement ultérieur et définitif. Pourtant, les auteurs du décret ainsi que les rapports parlementaires appelaient de leurs vœux le développement du référé-provision afin qu'il devienne un mode définitif de règlement de certains litiges pécuniaires. Il est vrai que cet appel s'apparentait plutôt à un murmure, et que l'on a surtout insisté sur la maintien de garanties destinées à ce que l'administration ne soit pas condamnée à verser une somme qu'elle ne devait pas et qu'elle soit assurée de pouvoir obtenir une décision au fond. Mais une étude de la jurisprudence permet de faire apparaître le référé-provision sous une autre lumière. De plus en plus utilisé, il semble devenir un tout autre outil dès lors que les demandeurs, l'administration et le juge abandonnent leurs réticences initiales et le manient sans hésitation. Le référé-provision peut alors être assimilé à un mode de prévention des contentieux pécuniaires au fond, un mode de règlement définitif, que l'on qualifierait

¹⁰⁷ Voir C. GIVERDON, *Référés spéciaux*, préc.: « le pouvoir qui lui est dévolu d'accorder une provision à valoir sur le montant d'une condamnation future s'inscrit dans le cadre du phénomène (...) de faire de cette juridiction une véritable juridiction du fond ».

volontiers de « référé au fond » si son utilisation à tel dessein n'était subordonnée à la réalisation de plusieurs conditions.

Le référé-provision, envisagé comme mode de règlement définitif de litiges pécuniaires est en effet un outil conditionné **(A)**. Mais ces conditions étant remplies, la nature de la provision est assez profondément modifiée, son caractère provisoire étant nettement nuancé **(B)**.

A- Un outil conditionné

19. Faire du référé-provision un outil de règlement définitif de certains litiges d'ordre pécuniaire suppose que des obstacles soient levés et que des conditions soient remplies. Les premiers sont plutôt d'ordre psychologique dans la mesure où ils résultent de certaines réticences tant du juge des référés que des parties **(1°)**. Les secondes sont d'ordre procédural, et concernent la façon dont doivent être rendues les ordonnances de référé-provision **(2°)**.

1° La levée de certains obstacles

20. La suppression du caractère accessoire du référé-provision, envisagée comme devant faciliter la mise en œuvre de ce mécanisme, n'a pas immédiatement fait sauter les verrous qui empêchaient le déploiement de ses « potentialités »¹⁰⁸. Des réticences sont en effet demeurées, du côté des parties comme de celui du juge des référés, freinant alors sa mise en œuvre. On constate toutefois que ces obstacles sont en passe d'être progressivement levés dans des litiges de plus en plus nombreux.

¹⁰⁸ Voir en ce sens : J.P. PIETRI, note sous C.E., 2 juin 2004, *Sté Selecom et Commune de Cluny*, Contrats et Marchés publics, 1^{er} août 2004, p.31.

Les demandeurs d'une provision sont demeurés assez frileux dans les premières années qui ont suivi la réforme et semblaient s'en tenir à l'état antérieur du droit¹⁰⁹. D'une part en continuant plus souvent que nécessaire à introduire un recours au fond, et d'autre part en minimisant le montant des sommes demandées par crainte qu'elles ne leur soient refusées. Cette frilosité n'est plus de mise aujourd'hui dans de nombreux litiges d'ordre pécuniaire, même si l'on continue parfois de joindre la demande de provision à un recours au fond, en espérant que ce dernier constituera une deuxième chance en cas de rejet de la demande de provision. Malgré cela, de plus en plus nombreuses sont les demandes de provisions faites au juge des référés sans qu'un recours au fond ait été déposé ; tout particulièrement pour les litiges liés au versement de traitements¹¹⁰, de pensions¹¹¹, d'avances¹¹², d'indemnités¹¹³, de soldes¹¹⁴, ou encore de trop perçus¹¹⁵. Il demeure toutefois des exceptions, dans des litiges complexes, ne permettant pas au demandeur d'évaluer précisément sa créance au jour de la saisine du juge. C'est particulièrement le cas en matière de responsabilité hospitalière où l'appréciation des différents types de préjudices subis exige l'écoulement d'un certain temps dont ne dispose pas le juge des référés¹¹⁶. Ceci n'exclut toutefois pas que certains types de préjudice particuliers fassent l'objet de demandes de provision qui ne seront pas reprises au fond¹¹⁷.

Par ailleurs, les demandes de provision correspondent pour la plupart au montant de la créance alléguée. Les demandeurs n'hésitent plus à chiffrer leur prétention à un montant équivalent à celui de la créance qu'ils prétendent détenir sur l'administration. A cet égard, il ne faut pas se laisser tromper par la formulation des demandes reproduites dans les ordonnances de référé. Qu'il s'agisse de sommes demandées « à titre de provision », de provisions « à valoir » sur une somme ou encore

¹⁰⁹ Si la demande de référé-provision sur le fondement de l'article R. 129 CTA-CAA devait accompagner un recours au fond, les demandeurs avaient la possibilité de se désister de l'instance au fond une fois l'ordonnance de référé rendue ; l'administration pouvant toutefois s'y opposer.

¹¹⁰ C.E., 13 juillet 2006, n°294708, CE, Section, 16 décembre 2005, *Lacroix*, R.F.D.A. 2006, p.198.

¹¹¹ C.E., 15 décembre 2004, n°274272.

¹¹² C.E., 14 octobre 2005, n°275066.

¹¹³ C.E., 2 juin 2004, n°257615, C.E., 2 avril 2004, n°257599.

¹¹⁴ C.E., 3 juin 2005, n°275061 ; C.E., 2 avril 2004, n°256504.

¹¹⁵ C.E., 14 juin 2006, n°282317 ; C.A.A. de Nantes, 18 juin 2004, n°03NT00971.

¹¹⁶ C.E., 26 avril 2006, n°277349 ; C.E., 7 avril 2006, *C.H.R. de Nice*, n°249848.

¹¹⁷ C.E., 16 mars 2005, *C.H.R.U. de Rennes*, n°269182 ; C.E., 26 novembre 2004, n°268675 ; C.A.A. de Marseille, 5 juillet 2004, n°04MA00458.

de « sommes provisionnelles », les demandeurs espèrent souvent régler définitivement leur litige grâce à l'octroi d'une provision d'un montant au moins approchant celui de la créance qu'ils invoquent. Et ce, quelle que soit la nature du litige en cause, dans la mesure où il est possible d'évaluer la créance alléguée.

21. L'administration, qui est dans majorité des cas la débitrice de la provision semble, de la même manière, être moins réticente qu'auparavant à régler ses différends par le biais du référé-provision. Elle en tire en effet un certain nombre d'avantages non négligeables¹¹⁸. Evitant d'être sanctionnée par le juge du fond, elle voit dans le versement d'une provision, une sanction moins infamante¹¹⁹ qui tend parfois même vers la conciliation avec les demandeurs, plus rapide, moins coûteuse que la procédure ordinaire. Cette *minimisation* des coûts de transaction lui est donc bénéfique, à tel point, qu'il lui arrive de recommander aux administrés de recourir à la procédure de référé plutôt qu'à la procédure ordinaire¹²⁰, « moins souple et moins rapide ». Ceci ne l'empêche toutefois pas de faire régulièrement appel des ordonnances de référés, de se pourvoir – moins fréquemment – en cassation afin de contester le principe ou le montant de la provision. En revanche rares sont les demandes de suspension des ordonnances de référé qui allouent une provision¹²¹, et quasi inexistantes les recours sur le fondement de l'article R. 541-4 C.J.A. permettant d'obtenir un jugement au fond afin de fixer définitivement le montant de la dette.

22. Enfin, le juge du référé-provision semble enclin à répondre aux attentes qui viennent d'être évoquées. Plusieurs éléments permettent de le démontrer, qui constituent pour certains une évolution par rapport à la jurisprudence antérieure. En premier lieu, le juge administratif n'hésite plus à accorder une provision égalant le

¹¹⁸ Un de ces avantages est financier puisque les intérêts éventuellement prononcés par le juge du fond lorsqu'il aura été saisi, seront moindres si une provision a déjà été versée.

¹¹⁹ Principalement lorsque le versement de la provision correspond à la réparation d'un préjudice qui aurait conduit à l'engagement de sa responsabilité.

¹²⁰ C.E., 2 avril 2004, Sté Alstom Power Turbomachines, préc.

¹²¹ Article R.541-6 C.J.A ; C.E., 21 juin 1996, *Ville de Marseille c/ M. Moullet*, A.J.D.A. 1996, p.928, concl. J.-H. STAHL.

montant de la créance alléguée par le demandeur¹²². Il le fait même très fréquemment¹²³, et clôt ainsi de nombreux litiges comme le fait le juge judiciaire pour qui « le montant (de la provision) n'a d'autre limite que le montant non sérieusement contestable de la dette alléguée »¹²⁴. Cette pratique largement acquise manifeste l'affirmation par le juge du référé-provision de son autonomie par rapport au juge du fond, dont il ne craint plus le jugement contraire. Bien que nécessairement provisoire et dépourvue de l'autorité de la chose jugée, l'ordonnance de référé, permet ainsi de régler certains différends que les parties n'estiment pas ou plus nécessaire de porter devant le juge du fond.

En deuxième lieu, le juge s'estime désormais tenu d'accorder une provision lorsque les conditions posées à l'article R. 541-1 C.J.A. sont remplies¹²⁵. Il ne peut dès lors pas tirer argument du risque que constituerait pour les finances publiques ou pour le respect des règles de la comptabilité publique le versement d'une provision pour refuser celui-ci, sous peine de commettre une erreur de droit en ajoutant d'autres conditions à celles que prévoit déjà l'article R. 541-1 C.J.A.¹²⁶. Ce dernier permet en effet au juge de soumettre le versement de la provision à la constitution d'une garantie ce qui, dans la pratique, est rarement demandé et ne semble être octroyé que lorsqu'un recours au fond a été déposé¹²⁷.

En dernier lieu, le juge des référés dispose de moyens importants lui permettant de donner au versement d'une provision, considérée comme une modalité de règlement rapide et définitif d'un litige, une réelle efficacité. Il peut ainsi assortir ses jugements d'astreintes¹²⁸, et peut mettre en œuvre le régime de contrainte à paiement depuis que la

¹²² Par exemple : CE, Section, 16 décembre 2005, *Lacroix*, préc. ; C.E., 31 mai 2006, n°282134 ; C.E., 14 juin 2006, n°282317 ; C.E., 12 juillet 2006, n°275638.

¹²³ Dans un arrêt CE, 5 décembre 2005, *Etablissement Public du sang*, R.F.D.A. 2006, p.215, le Conseil annule l'arrêt de la Cour d'appel s'étant bornée à allouer une partie seulement de la provision demandée alors que toutes les conditions prévues à l'article R.541-1 CJA étaient remplies.

¹²⁴ Cass. com., 20 janvier 1981, Bull. civ. IV, n° 40 ; Gaz. Pal. 1981, 1, p. 332, note BERTIN ; R.T.D. civ. 1981, p. 679, obs. NORMAND ; R.T.D. com. 1981, p. 729, obs. DUBARRY et BENABENT.

¹²⁵ C.A.A. de Bordeaux, 18 novembre 2003, *Cie générale maritime Antille-Guyane*, préc. Voir cependant : C.A.A. de Nantes, 28 juin 2004, n°03NT01672.

¹²⁶ C.E., 2 avril 2004, *Sté Alstom Power Tubomachines*, préc.

¹²⁷ Voir par exemple, lorsque le montant de la provision est important : C.E., 16 novembre 2005, *Commune de Nogent sur Marne*, préc.

¹²⁸ T.A. de Grenoble, 21 novembre 1996, *Sté Plée*, J.C.P. 1998, IV, p.362.

loi du 12 avril 2000¹²⁹ a rendu les dispositions de la loi du 16 juillet 1980¹³⁰ applicables aux décisions du juge des référés accordant une provision. Celui-ci permet d'obtenir de l'administration le mandatement dans un délai de deux mois à compter de la notification du jugement du montant de la provision¹³¹.

2° L'existence de conditions procédurales

23. Faire du référé-provision un instrument de règlement définitif de litiges d'ordre pécuniaire exige qu'un certain nombre de garanties procédurales soient respectées, voire renforcées, destinées à ce que la célérité du jugement ne préjudicie pas à la qualité de ce dernier ainsi qu'à son impartialité. Outre le nécessaire respect du principe du contradictoire évoqué plus haut¹³², quelques unes de ces garanties semblent devoir être particulièrement mises en lumière.

Il en va ainsi des diverses possibilités permettant aux parties de contester l'ordonnance de référé. Permettre au juge administratif de clore, avant dire droit, un litige d'ordre pécuniaire, doit nécessairement s'accompagner de la possibilité de contester l'octroi ou le refus d'une provision.

Possibilité d'interjeter appel en premier lieu puis de se pourvoir en cassation. A la différence du référé-suspension et du référé-conservatoire pour lesquels le juge administratif statue en premier et dernier ressort, l'article R. 541-3 C.J.A. prévoit la possibilité de faire appel de l'ordonnance du juge du référé-provision dans un délai de

¹²⁹ Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

¹³⁰ Loi relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public.

¹³¹ C.A.A. de Bordeaux, 13 mars 2006, n°05BX00702.

¹³² Le respect de principe implique également la possibilité de faire des observations sur les moyens d'ordre public soulevés d'office par le juge : C.E., 14 juin 2006, n°282317, préc.

15 jours suivant sa notification¹³³ alors même que l'appel serait exclu à l'encontre de l'éventuel jugement de première instance au fond.

Possibilité de demander la suspension de l'ordonnance de référé en deuxième lieu. L'article R. 541-6 C.J.A. prévoit en effet que le sursis à l'exécution d'une ordonnance du juge des référés accordant une provision peut être prononcé par le juge d'appel ou par le juge de cassation « si l'exécution de cette ordonnance risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables et si les moyens énoncés à son encontre paraissent, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier son annulation et le rejet de la demande. »¹³⁴. Il faut toutefois noter le très faible succès d'un tel mécanisme, visant à éviter que l'administration soit confrontée à des difficultés lorsqu'elle entend récupérer une provision après avoir obtenu gain de cause au fond, en appel et ou en cassation. Et ce, en raison du fait que les deux conditions liées au moyen sérieux et aux conséquences difficilement réparables doivent être cumulativement remplies ; le simple risque d'une perte d'argent ne peut dès lors suffire à obtenir le sursis¹³⁵.

Possibilité en dernier lieu pour le débiteur de la provision de demander, lorsqu'aucun recours au fond n'a été introduit, qu'il soit statué au fond sur le montant de sa dette¹³⁶, mécanisme qui n'est pas mis en œuvre en pratique.¹³⁷

24. La seconde garantie essentielle qu'il convient de souligner résulte du respect par le juge du référé-provision du principe d'impartialité¹³⁸. Celui-ci trouve à s'appliquer de diverses manières en matière de référé-provision. Il interdit que le magistrat qui a

¹³³ C.E., 25 février 2004, *Mme Laborie*, p.640 ; C.A.A. de Bordeaux, 25 avril 2006, n°03BX01934. L'article R.541-5 prévoit également un délai de 15 jours pour le pourvoi en cassation.

¹³⁴ Pour une application : C.E., 21 juin 1996, *Ville de Marseille c/ M. Moullet*, A.J.D.A. 1996, p.928, concl. J.-H. Stahl.

¹³⁵ Voir en ce sens : B. STIRN, « Frais irrépétibles et référé-provision devant le juge administratif », R.F.D.A. 1988, p.787.

¹³⁶ Article R.541-4 C.J.A.

¹³⁷ Il a toutefois été précisé récemment : C.E., 20 décembre 2006, *Me Bes*, A.J.D.A. 8 janvier 2007, p.10, R.F.D.A. 2007, n°1, p. 190. Le Conseil d'Etat énonce que la constitution d'une garantie n'a ni pour objet ni pour effet d'empêcher le versement de la provision, à moins qu'un recours ait été introduit sur le fondement de l'article R.541-4. Voir également : C.A.A. de Nantes, 18 juin 2004, n° 03NT00971.

¹³⁸ C.E., 3 décembre 2003, *Lazennec*, p.476. Voir aussi : P. CASSIA, « Méconnaissance du principe d'impartialité par le juge des référés », A.J.D.A. 2006, p.327 ; « Le juge administratif des référés et le principe d'impartialité », D. 2005, p.1182 et 1252.

rendu l'ordonnance de référé statue à nouveau sur le recours au fond qui a été déposé parallèlement¹³⁹ ou sur un autre recours portant sur le même litige¹⁴⁰. Il interdit également au juge du référé-provision de statuer sur une décision dont il est l'auteur à un autre titre¹⁴¹. En revanche, le principe d'impartialité ne semble pas interdire au juge du référé-provision de statuer à deux reprises sur deux décisions successives intéressant la même affaire, « eu égard à son office »¹⁴². De la même manière, l'absence d'autorité de la chose jugée des ordonnances de référés ne semble pas interdire de façon générale que le juge du référé-provision statue à plusieurs reprises sur une même demande, puisqu'il peut, au regard notamment de l'évolution de l'argumentation des parties, modifier son appréciation¹⁴³.

L'étude de ces diverses manifestations permet de constater un renforcement du principe d'impartialité en matière de référé-provision par rapport aux autres catégories de référé. En effet, le principe d'impartialité interdit de façon générale la possibilité de cumuler successivement des fonctions en référé et au fond, ce qui n'est pas le cas pour le juge du référé-suspension. Pour ce dernier, l'avis *Commune de Rogerville* rendu par le Conseil d'Etat le 12 mai 2004¹⁴⁴ a énoncé que « la seule circonstance qu'un magistrat ait statué sur une demande de suspension de l'exécution d'une décision administrative n'est pas, par elle-même, de nature à faire obstacle à ce qu'il se prononce ultérieurement sur la requête en qualité de juge du principal ». L'explication d'une telle différence doit certainement être trouvée dans l'office particulier du juge du référé-provision qui, s'il doit statuer par des mesures provisoires n'ayant pas l'autorité de la chose jugée, se prononce bien souvent sur des éléments portant sur le fond du litige et de ce fait préjudiciable au principal en anticipant sur l'éventuelle solution au fond. Il est alors légitime d'interdire de façon générale au magistrat de statuer sur le fond de l'affaire

¹³⁹ C.A.A. de Paris, 6 février 2007, *Sté Swisslog France*, n°04PA0314 ; C.A.A. de Marseille, 23 mars 2006, n° 04MA02318. Cette jurisprudence est conforme à la jurisprudence judiciaire : Cass. Ass. Plen., 6 novembre 1988, *Bord Na Nona*, D. 1999, JP, p.1, concl. J.-F. BURGELIN ; R.T.D. Civ. 1999, p.177, obs. J. NORMAND, p.193 et obs. R. PERROT.

¹⁴⁰ C.E., 7 décembre 2006, *Mme A.*, n°294218

¹⁴¹ C.A.A. de Versailles, 30 mai 2006, *Maison de retraite intercommunale « la Seigneurie »*, n° 05VE01721

¹⁴² C.E., 18 février 2005, *Trébot*, A.J.D.A. 2005, p.911, concernant le référé de l'article L. 521-1 C.J.A., mais dont la rédaction est générale.

¹⁴³ Par application de l'article L. 521-4 C.J.A. le juge des référés peut modifier ses ordonnances si la demande lui en est faite, justifiée par un élément nouveau.

¹⁴⁴ C.E., Section, avis, 12 mai 2004, *Commune de Rogerville*, p.223 ; A.J.D.A. 2004, p.1354, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; R.F.D.A. 2004, p.723, concl. E. GLASER ; D. 2005, p.26, obs. P.-L. FRIER.

lorsqu'un recours a été introduit¹⁴⁵ tout comme la jurisprudence interdit au juge du référé-suspension qui a « outrepassé son office en préjugant du bien fondé de la requête au principal »¹⁴⁶ de statuer sur le recours au principal¹⁴⁷.

B- Le changement de nature de la provision

25. Prendre acte du fait que, sous certaines conditions, le référé-provision est en passe de devenir un mode de règlement définitif de certains litiges d'ordre pécuniaire, suppose de s'interroger sur le changement de nature de la provision en elle-même et sur ceux qui affectent l'office du juge du référé-provision (2°). Mais cela suppose préalablement de circonscrire ces changements aux seules hypothèses pour lesquelles le versement d'une provision clôt les litiges considérés. Cela exige alors de préciser les caractères des différends susceptibles d'être définitivement réglés par une ordonnance de référé accordant une provision (1°).

1° Détermination des litiges clos en référé

26. Il est aujourd'hui possible d'affirmer, conformément à ce qu'avait envisagé le groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence¹⁴⁸, que dans un certain nombre de litiges, le référé-provision peut « se substituer à la procédure au fond », dans les conditions qui ont été évoquées plus haut. Dès lors, cet outil apparaît

¹⁴⁵ Voir en ce sens J.-G. SORBARA, *L'impartialité du juge administratif*, Thèse Paris II, 2005, 670 p., p 547 et s. L'office du juge du référé-provision serait ainsi, par lui-même, « source de préjugement au fond », à la différence du référé-suspension.

¹⁴⁶ In P. CASSIA, préc.

¹⁴⁷ C.E., Section, avis 12 mai 2004, *Commune de Rogerville*, préc.

¹⁴⁸ R.F.D.A. 2000, p.941.

comme un moyen de prévention du contentieux au fond¹⁴⁹, permettant aux parties qui se satisfont du montant de la provision de régler définitivement leur différend¹⁵⁰.

Cette réalité s'est notamment manifestée avec l'arrêt *Société Alstom Power Turbomachines* rendu par le Conseil d'Etat le 2 avril 2004¹⁵¹. En l'espèce, le Conseil accepta d'assortir le versement d'une provision du paiement d'intérêts moratoires calculés à compter de la date de la demande de provision¹⁵². Or, c'est au regard du nouveau contexte du référé-provision, à la suite de la réforme du 30 juin 2000, que le Commissaire du gouvernement D. PIVETEAU, proposa cette solution. Selon lui, la provision n'étant plus une simple avance de trésorerie mais une somme pouvant avoir un caractère indemnitaire, elle permet de trancher définitivement certains litiges. Dès lors, il n'existe plus de raisons d'empêcher le versement d'intérêts moratoires conformément à l'article 1153-1 du Code civil¹⁵³.

Un raisonnement identique s'applique dans d'assez nombreux domaines. Il en est ainsi des domaines peu complexes tels que le versement de traitements¹⁵⁴, de pensions, du montant de travaux¹⁵⁵, mais également en matière de responsabilité de la puissance publique ou en matière contractuelle où l'établissement des faits est souvent plus ardu¹⁵⁶.

Il ne faut toutefois pas exagérer le nombre des litiges susceptibles d'être définitivement réglés par la voie du référé-provision au risque de méconnaître la réalité

¹⁴⁹ Voir en ce sens : J. BARTHELEMY, « Les référés non subordonnés à la condition de l'urgence », R.F.D.A. 2002, p.272.

¹⁵⁰ R. VANDERMEEREN, « La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif », A.J.D.A. 2000, p.706 et « Les procédures d'urgence devant le juge administratif en matière de contrats publics à la veille de l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000 », B.J.C.P., 2000, p.390.

¹⁵¹ C.E., 2 avril 2004, Sté Alstom Power Turbomachines, préc.

¹⁵² Cet arrêt vient remettre en cause la jurisprudence de certaines Cours administratives d'appel. Voir par exemple : C.A.A. de Bordeaux, 19 décembre 1989, *Cousseran*, p.368. Elle rejoint en revanche la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de référés : Cass. Soc. 21 février 1990, Bull. civ. V, n°84.

¹⁵³ « En toute matière, la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement ». Le juge administration accepte de faire application de cet article. Par exemple : C.E., 30 mars 1994, *Loubet*, p.72.

¹⁵⁴ C.E., 13 juillet 2006, n°294708 ; C.A.A de Paris, 18 novembre 2004, n° 01PA03804,

¹⁵⁵ C.E., 3 juin 2005, n°275061 ; C.A.A. de Marseille, 30 juin 2005, n°03MA02138 ; C.A.A. de Nantes, 30 décembre 2005, n° 05NT01444

¹⁵⁶ En matière hospitalière, par exemple : C.E., 31 mai 2006, n°282134 ; C.A.A. de Marseille, 5 juillet 2005, n°04MA02595 ; C.A.A. de Nantes, 12 novembre 2004, n° 04NT00180 ; C.A.A. de Marseille, 5 juillet 2004, n°04MA00458. De façon générale, en matière de responsabilité pour faute : C.A.A. de Nantes, 13 décembre 2005, n°05NT01042 ; C.A.A. ; de Marseille, 22 avril 2005, n°04MA00726 ; ou sans faute : C.A.A. de Bordeaux, 24 mai 2005, n°02BX00340 ; C.A.A. de Nancy, 4 mai 2005, n°00NC00868

de l'office du juge des référés. On constate en effet certains traits communs aux différends ainsi tranchés. Il s'agit tout d'abord - et logiquement - de litiges pour lesquels aucun recours au fond n'a été introduit. Il s'agit ensuite des litiges pour lesquels aucun autre mode de règlement définitif n'est prévu¹⁵⁷. C'est la raison pour laquelle les litiges nés de l'exécution de marchés publics ne sont que rarement réglés définitivement au stade du référé¹⁵⁸. En effet, il est de principe que l'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution d'un marché est compris dans un compte dont aucun élément ne peut être isolé et dont le solde arrêté lors de l'établissement du décompte définitif détermine les droits et obligations définitifs des parties¹⁵⁹. Dès lors, les avances et acomptes ne sont pas définitifs, dans l'attente du décompte réglant la situation des parties. En conséquence, l'octroi par le juge du référé-provision d'un acompte ne saurait clore le litige¹⁶⁰. C'est également la raison pour laquelle l'administration ne peut demander une provision lorsqu'elle est en situation d'émettre un état exécutoire¹⁶¹.

Il s'agit enfin de litiges dont les faits sont relativement simples et la situation des parties suffisamment évidente¹⁶². Ce qui exclut un certain nombre de différends indemnitaires dans lesquels il n'est pas possible, en l'état du dossier soumis au juge du référé-provision, d'évaluer précisément le montant du préjudice allégué non sérieusement contestable et pour lesquels la provision est versée *dans l'attente* d'un règlement définitif. Il en va ainsi des préjudices physiques qui ne sont pas encore consolidés¹⁶³ et qui exigent de saisir à nouveau le juge administratif afin qu'il les liquide.

Ainsi circonscrite, la possibilité qu'a le juge du référé-provision de régler définitivement certains litiges ne semble pas heurter la conception de l'office du juge

¹⁵⁷ Il n'est pas possible de saisir le juge des référés lorsqu'une procédure précontentieuse de règlement amiable existe : C.E., 2 juin 2004, *Commune de Cluny*, préc.

¹⁵⁸ Voir par exemple : C.E., 9 février 2004, n°254438

¹⁵⁹ C.E., 8 décembre 1961, *Sté nouvelle compagnie générale de travaux*, p.701.

¹⁶⁰ C.E., 3 décembre 2003, *Sté Bernard Travaux Polynésie*, A.J.D.A. 2004, p.223, note J.-D. DREYFUS ; B.J.C.P. 2004, p.118, concl. D. PIVETEAU, obs. R.S. ; Contrats et Marchés publics, février 2004, p.15, note G. ECKERT ; D.A., 2003, p.68, note M. NAUD ; C.E., 2 avril 2004, *Sté Imhoff*, p., B.J.C.P. 2004, p.306, concl. D. PIVETEAU ; Contrats et Marchés publics, juin 2004, p.26, note J.-P. PIETRI.

¹⁶¹ C.A.A. de Lyon, 22 février 1994, *Communauté urbaine de Lyon*, A.J.D.A., 1994, p.844, obs., p.796 ; C.A.A. de Marseille, 29 juin 2006, n°04MA00195.

¹⁶² Voir par exemple : C.E., 31 mai 2006, n°282134. En l'espèce, les faits étaient patents, et le Conseil d'Etat n'hésite pas à accorder sous forme de provision l'intégralité de l'indemnité réclamée.

¹⁶³ C.A.A. de Nancy, 16 juin 2005, n°01NC00920 ; C.A.A. de Paris, 11 avril 2006, n°05PA04469.

des référés. Mais elle exige toutefois de la réexaminer ainsi que la nature de la provision elle-même.

2° Nature de la provision et office du juge des référés

27. Il ne s'agit pas d'établir ici que, de façon générale, la nature des provisions accordées par le juge des référés et la conception qu'il a de son office sont totalement bouleversées par le constat que l'on a souhaité dresser. Il s'agit, en réduisant l'analyse aux hypothèses dans lesquelles l'octroi d'une provision règle définitivement un différend pécuniaire, d'observer comment l'office du juge s'est adapté à cette réalité et comment la nature de la provision en a été modifiée.

Il est courant d'affirmer que les provisions accordées par le juge des référés sont précaires, provisoires, en ce sens qu'elles n'ont pour objet que d'être une avance de trésorerie faite à un créancier, dans l'attente d'un règlement définitif de la dette invoquée, soit par le juge saisi au fond, soit par les parties dans le cadre de relations contractuelles notamment¹⁶⁴. Cette conception de la provision est rappelée régulièrement soit par le juge¹⁶⁵, soit par la doctrine¹⁶⁶ et correspond parfaitement à un certain nombre d'hypothèses déjà évoquées dans lesquelles le demandeur n'exige qu'une avance sur une somme qu'il réclame par ailleurs. Pour ne reprendre que cet exemple, c'est en se fondant sur le caractère provisoire de la provision, que le Conseil d'Etat a admis le versement d'acomptes sous forme de provision au titulaire d'un marché de travaux publics¹⁶⁷. En outre, c'est le caractère provisoire des provisions qui

¹⁶⁴ Voir en ce sens, D. PIVETEAU, conclusions sur C.E., 2 avril 2004, *Sté Alstom Power Turbomachines*, préc. Avant la réforme, la provision n'était qu'une « avance forfaitaire, consentie à titre précaire sur une somme dont le montant, en principal et intérêts, devait en tout état de cause être tranché plus tard ».

¹⁶⁵ Par exemple : C.E., 4 novembre 2005, *Sté AMC SPIE*, n°263429, « (...) dans l'attente du règlement définitif du différend (...) le centre soit condamné à lui verser, à titre de provision, les sommes (...) ».

¹⁶⁶ Récemment encore : C. LANDAIS, F. LENICA, *Chronique générale de jurisprudence*, A.J.D.A. 2006, p.582. Selon ces auteurs, le référé-provision a pour objectif de « permettre au créancier d'obtenir une avance sur sa créance certaine ou quasi certaine sans attendre l'issue de procédure parfois très longues ayant pour objet de déterminer le montant exact ».

¹⁶⁷ C.E., 3 décembre 2003, *Sté Bernard Travaux Polynésie*, préc.

permet au juge administratif de les accorder « en l'état de l'instruction » ou « en l'état du dossier » sans attendre que celle-ci soit close ou celui-ci complet¹⁶⁸.

Toutefois, permettre à une provision de clore définitivement un litige d'ordre pécuniaire modifie quelque peu la conception que l'on vient d'en donner. Si l'on ne peut nier que le juge du référé-provision statue nécessairement par des mesures qui présentent un caractère provisoire en vertu de l'article L. 511-1 CJA¹⁶⁹, cela n'implique plus nécessairement que la provision ne soit qu'une avance sur une somme qui sera ultérieurement réglée. Au contraire, tranchant un différend, la provision devient la compensation suffisante si ce n'est intégrale d'un tort du débiteur qui se manifeste dans le refus de payer ou d'indemniser. Ainsi la provision peut acquérir un caractère indemnitaire, tout comme elle peut correspondre au paiement d'un prix ou au versement d'un traitement. Les termes employés par le juge des référés sont en ce sens assez parlants, même s'il ne faut pas trop s'y attacher : « provision en réparation d'un préjudice », « provision en règlement de complément de pensions », « provision en paiement de travaux », etc. Dès lors, la nature de la provision n'est plus une mais duale, selon l'objectif qui lui est assigné par le demandeur et le juge des référés.

Que signifie alors le terme provisoire lorsque la provision clos le litige¹⁷⁰ ? Non plus qu'elle est une solution d'attente, mais qu'elle pourra éventuellement être modifiée par la suite, en vertu des pouvoirs reconnus au juge des référés, mais non pas remplacée ultérieurement par une autre mesure de compensation financière.

28. Un tel changement de perspective, pour limité qu'il soit à certaines hypothèses déterminées, ne peut qu'influer à son tour sur la conception de l'office du juge du référé-provision. Ce dernier rappelle fréquemment, comme un rappel à l'ordre à qui mettrait en cause l'apparence de son office, qu'il n'est pas un juge du fond, qu'il dispose de peu de pouvoirs et ne tranche pas définitivement de litiges¹⁷¹. Ne pouvant

¹⁶⁸ C.A.A. de Versailles, 30 mai 2006, n°05VE01995 ; C.A.A. de Paris, 3 octobre 2006, n°06PA00626.

¹⁶⁹ Principe de longue date établi : C.E., Section, 3 octobre 1958, *Sté des autocars garonnais*, p.468.

¹⁷⁰ Voir en ce sens B. PLESSIX, « Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé. », R.F.D.A. 2007, n°1, p.76.

¹⁷¹ Voir en ce sens, les conclusions de CH. MAUGUE sur C.E., 25 octobre 2002, *Centre hospitalier de Colson*, préc., C.A.A. de Marseille, 27 juin 2006, n°04MA02373.

bénéficiaire des mêmes pouvoirs que le juge du fond, il devrait dès lors demeurer un juge de l'évidence et de la vraisemblance¹⁷², dont les solutions sont dépourvues de l'autorité de la chose jugée au regard du litige au fond, qu'il soit actuel ou éventuel. Ainsi, en recherchant si l'obligation invoquée est non sérieusement contestable, ne peut-il pas se prononcer sur la qualification juridique des faits¹⁷³ ni « trancher une question de droit soulevant une difficulté sérieuse »¹⁷⁴ ou encore « se prononcer expressément sur le bien fondé des moyens et arguments qui lui sont soumis »¹⁷⁵.

Toutefois, le juge du référé-provision est tenu d'examiner *tous les moyens* qui lui sont présentés pour apprécier le caractère non sérieusement contestable de la créance invoquée¹⁷⁶. Ce qui le conduit en pratique bien au-delà des limites qui viennent d'être rappelées et à assurer un pré-jugement de l'affaire dont il est saisi. Ceci n'échappe d'ailleurs ni à la doctrine¹⁷⁷, ni aux membres du Conseil d'Etat¹⁷⁸ : amené à trancher définitivement certains litiges, le juge du référé-provision statue bien parfois au fond.

En pratique le juge du référé-provision va bien au-delà de l'évidence, et porte une appréciation sur les faits qui pourraient relever de l'appréciation du juge du fond. Pour ne retenir que l'exemple de la responsabilité de la puissance publique, si les régimes de responsabilité sans faute conduisent le juge des référés à n'apprécier que l'existence d'un lien de causalité¹⁷⁹, ne préjugant en rien le fond du litige, il n'en va pas toujours de même lorsqu'il s'agit d'apprécier l'existence d'un comportement fautif de l'administration¹⁸⁰. En effet, l'obligation non sérieusement contestable peut naître d'une faute de l'administration, et la provision sera accordée dans la mesure où « la responsabilité n'apparaît elle-même pas sérieusement contestable »¹⁸¹. Or cette

¹⁷² F. DONNAT et D. CASAS, « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat », D.A. mai 2004, p.9.

¹⁷³ C.E., 21 juillet 2005, n°282486

¹⁷⁴ C.A.A. de Marseille, 21 octobre 2004, n°04MA00330.

¹⁷⁵ C.A.A. de Marseille, 28 avril 2005, n°03MA01268.

¹⁷⁶ C.E., 9 février 2004, *Billerach*, préc.

¹⁷⁷ P. CASSIA, « Le juge administratif des référés et le principe d'impartialité », D. 2005, p.1252.

¹⁷⁸ Voir notamment, obs. sous C.E., 9 février 2004, *Billerach*, préc. ; J.-H. STAHL, concl. sur C.E., Section 6 février 2004, *Masier*, R.F.D.A. 2004, p.1170 ; concl. S. VERCLYTTTE sur C.E., 16 décembre 2005, *Lacroix*, préc.

¹⁷⁹ C.A.A. de Bordeaux, 30 décembre 2004, n°03BX02279 ; C.A.A. de Bordeaux, 24 mai 2005, n°02BX00340

¹⁸⁰ Par exemple : C.E., 19 février 2003, *Assistance Publique-Hôpitaux de Paris*, p.41 ; C.E., 2 juin 2004, n°230729.

¹⁸¹ C.E., 2 juin 2004, *Sté Selecom*, préc.

appréciation peut nécessiter la qualification juridique des faits¹⁸² ou la détermination d'une illégalité¹⁸³ et ne peut être éludée par le juge tenu de se prononcer sur l'existence de la faute alléguée¹⁸⁴. Ceci conduit donc *in fine* le juge du référé-provision à préjuger le fond et à rendre une ordonnance qui sera susceptible de clore définitivement un litige.

29. Les évolutions qui viennent d'être évoquées ne sont certes pas généralisables à l'ensemble du référé-provision, mais elles peuvent tout de même conduire à s'interroger sur le maintien de certaines règles procédurales. Dans la mesure où elles tendent à s'établir durablement dans l'ensemble des hypothèses qui ont été circonscrites, les transformations de l'office du juge des référés pourraient en effet amener à reconsidérer certains principes tels l'absence d'audience publique. Celle-ci a en effet été justifiée par la faiblesse des pouvoirs du juge du référé-provision, par le fait qu'il ne statue pas au fond ni ne règle définitivement de litiges¹⁸⁵, toutes affirmations qui pourraient être remises en cause, et conduire à imiter le modèle du référé en matière audiovisuelle ou en matière contractuelle. De la même manière, pourrait-on continuer à affirmer systématiquement que le juge du référé-provision ne se prononce pas sur des contestations au sens de l'article 6§1 CEDH¹⁸⁶ ? Pourrait-on le faire échapper au droit à un procès équitable, alors qu'il est soumis à un principe renforcé d'impartialité en raison du fait - précisément - qu'il préjuge souvent au fond et tranche définitivement certains litiges¹⁸⁷ ? Ce qui d'ailleurs est conforme au raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme selon lequel le cumul des fonctions au fond et en référé doit être interdit lorsque la procédure provisoire constitue un pré-jugement¹⁸⁸, ainsi qu'à celui tenu par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Didier*¹⁸⁹.

¹⁸² C.A.A. de Marseille 21 octobre 2004, préc.

¹⁸³ C.A.A. de Douai, 24 juin 2004, n°04DA00121

¹⁸⁴ C.E., 2 juin 2004, n°254400.

¹⁸⁵ En ce sens, concl. CH. MAUGUE sur C.E., 25 octobre 2002, *Centre hospitalier de Colson*, préc.

¹⁸⁶ C.E., Section, 28 février 2001, *Casanovas*, p.107, A.J.D.A. 2001, p.971, note L. JANICOT et I. LEGRAND, R.F.D.A. 2001, p.399, concl. P. FOMBEUR ; C.A.A. de Versailles, 30 mai 2006, préc.

¹⁸⁷ Voir supra. Et ce, d'autant plus que le Conseil d'Etat semble avoir reconnu opérant le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 6§1 CEDH : C.E., 14 novembre 2003, *Ronger-Pelatan*, p.913.

¹⁸⁸ CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, série A, n°154.

¹⁸⁹ En ce sens P. CASSIA, *Le juge administratif des référés et le principe d'impartialité*, préc., p.1183.

Quelles que soient les évolutions du droit positif en la matière, on peut supposer qu'en raison des modifications de la notion de provision et de l'office du juge qui viennent d'être évoquées, le référé-provision ne devrait plus rester dans l'anonymat qui a longtemps été le sien. Son efficacité si longtemps recherchée devrait en faire un modèle de règlement de certains litiges tel que la réforme du 30 juin 2000 les a voulus : rapide et efficace, respectueux de l'intérêt des parties et de la qualité des solutions.