

Communication colloque Montpellier

5 septembre 2014

Le « besoin » d'injonction

Introduction

Observer le besoin d'injonction consiste à porter un regard sur les origines du mécanisme et s'interroger, avec quelques années de recul, sur la manière dont elle habite l'office du juge et comment elle le transforme.

Pour examiner là où nous sommes parvenus après vingt ans de pratique, et combien l'injonction, couplée à d'autres outils contentieux, a refaçonné le visage de la justice administrative, il convient tout d'abord de se rappeler la manière dont était considérée la justice administrative quelques années précédant l'adoption de la loi du 8 février 1995.

Il faut se référer, pour cela, au rapport sans concession, rédigé par M. Arthuis, de la commission d'enquête, dite commission Haenel, « chargée de recueillir tous éléments d'information sur le fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif et l'exécution de leurs décisions », créée le 10 décembre 1991, et remis le 10 juin 1992. On peut y lire : « Non seulement la justice administrative est lente mais il arrive parfois que ses décisions ne soient pas exécutées, à moins qu'elles soient mal exécutées ou encore contournées. La responsabilité de cette inexécution ou de cette mauvaise exécution incombe principalement à l'administration alors que celle-ci est censée être au service de la légalité et des citoyens. (...) Le respect de l'Etat de droit cède ici le pas à la *bonne marche de l'administration*. (...) Trop souvent les décisions d'annulation n'indiquent pas à l'administration la marche à suivre, ce rôle étant laissé à la Section du rapport et des études. Or, les demandes d'éclaircissement sont de moins en moins nombreuses ». Et le rapport indique, plus avant, que les justiciables se tournent nécessairement et plus volontiers vers le juge judiciaire.

C'est donc un constat sans appel.

Il faut également avoir en mémoire, pour mesurer l'œuvre accomplie, ces quelques affaires emblématiques traduisant l'apathie administrative pour tirer les conséquences d'une décision de justice et nous songeons, à ce titre, à la décision Commune de Cotignac, n° 33 685 du 23 juillet 1909 au Recueil p. 728, où une délibération prononçant une révocation déguisée d'un garde-champêtre, le sieur Fabrègue, avait été annulée par arrêté préfectoral, affaire dans laquelle la commune en cause a repris dix fois le même arrêté. Le Conseil d'Etat lui-même interviendra par deux fois, puisqu'en 1910 il devra à nouveau se prononcer sur le même acte en dépit de son annulation un an auparavant.

Réfléchir sur l'injonction consiste donc à réfléchir sur la portée opérationnelle de l'autorité de la chose jugée. Mais, plus largement, l'injonction est l'un des miroirs de la place du juge administratif vis-à-vis de l'administration et in fine, la manière dont le juge administratif est à même ou non de servir l'Etat de droit.

Si la problématique de l'injonction habite aussi l'office du juge judiciaire, elle est toutefois particulière pour le juge administratif parce qu'elle lui est moins naturelle, parce qu'il n'y a pas de mécanismes d'exécution forcée contre l'Administration, ce qui est traditionnellement justifié par le principe d'insaisissabilité de ses biens (V. T. confl. 9 déc. 1899, Assoc.

syndicale du canal de Gignac, Lebon 731 ; Civ. 1^{re}, 21 déc. 1987, Bureau de recherches géologiques et minières).

Or il existe bien, en revanche, une obligation d'exécuter les décisions rendues par la juridiction administrative, qui répond, avant tout, à un impératif constitutionnel, ainsi que l'a développé avec force Carré de Malberg : « Si les administrateurs ont le devoir de se conformer aux décisions des tribunaux administratifs, [...] c'est parce que, dans le système de l'unité de l'État, tout acte fait par une autorité opérant dans le cadre de sa compétence régulière doit normalement valoir au regard des autres autorités étatiques même si elles sont indépendantes, et à la condition toutefois qu'elles ne soient pas elles-mêmes hiérarchiquement supérieures, comme une manifestation de l'activité de la personne État une et indivisible » (in Contribution à la théorie générale de l'État, t. I, p. 725).

Pour nous interroger sur le « besoin » d'injonction, qui traduit fondamentalement une interrogation sur la nature de notre office, je vous propose donc d'une part de présenter quelques éléments pour l'analyse d'un contexte – celui de la naissance de la loi du 8 février 1995, puis ensuite quelques éléments pour l'analyse d'une pratique – soit, en fait, donner quelques éléments de problématique.

I. Éléments pour l'analyse d'un contexte

Ce qui s'impose en premier lieu est de comprendre ce qui a suscité ce « besoin » d'injonction, avec naturellement cette question : le taux d'inexécution des décisions de justice appelait-il un outil de cette nature ? En 1992, il ressortait des statistiques, établies notamment par le rapport sénatorial précité Haenel sur le fonctionnement des juridictions administratives et confirmées par la Section du rapport et des études du Conseil d'État, dans les rapports annuels de la juridiction, que les cas d'inexécution des décisions de la juridiction administrative étaient peu nombreux, représentant approximativement 0,77 % de l'ensemble des décisions rendues par la juridiction administrative.

On peut donc observer que si ce taux traduisait des situations choquantes, ce n'est pas le « besoin » en terme statistique qui est à l'origine de la réforme, sauf à considérer très légitimement que dans un État de droit, le pourcentage d'inexécution ne peut qu'être nul.

En réalité, il me semble que la mise à l'écart du principe de prohibition des injonctions avec la loi du 8 février 1995 peut être regardée comme un « fruit peut-être déjà trop mûr », si vous me permettez cette expression prosaïque, qui a « fini par tomber tout seul ».

Il y a cinq facteurs qui ont joué concomitamment.

En premier lieu : certes, la loi du 16 juillet 1980 a créé une voie de droit nouvelle tendant à ce que le Conseil d'État vérifie que l'administration a pris les mesures que le jugement implique et, à défaut, prononce une astreinte jusqu'à ce que soient édictées les mesures en cause. Mais cette loi comportait une faiblesse, mise notamment en lumière par D. Chauvaux et Jacques-Henri Stahl dans leur chronique à l'AJ 1996 p. 115, à savoir, je cite, le « long délai qui sépare nécessairement le jugement de la décision rendue sur la demande d'astreinte ».

En deuxième lieu, ce qui a favorisé le basculement qui s'est opéré en 1995, c'est la fragilité des soubassements théoriques du principe de l'interdiction de prononcer des injonctions. Il n'est en effet pas anodin que le principe soit affirmé peu après l'adoption de la loi du 24 mai 1872 qui a conduit le Conseil à pleinement revêtir la figure du juge et ne plus faire figure d'administrateur, même si en réalité on en trouve déjà trace, comme le rappelle François Burdeau dans son Histoire du droit administratif, au lendemain de la Restauration.

Le principe de prohibition commence alors à s'affirmer dans la jurisprudence : CE 16 juillet 1874 Frères de la doctrine chrétienne Rec. p. 42, et va cesser sensiblement à la même période la mise en œuvre de l'ancienne technique du renvoi « pour faire ce que de droit », qui existe dans des arrêts rendus sous l'empire de la justice retenue (V. en ce sens S. Boussard, La classification des contentieux à l'épreuve de la métamorphose du juge, in Regards sur l'histoire de la juridiction administrative, p. 316), technique par laquelle il s'agissait alors de faire reconnaître la situation subjective du requérant par l'administration. V. par ex CE 11 janvier 1866 Chabanne Rec. p. 21.

Ainsi, c'est à partir du moment où le juge a cessé de s'octroyer faculté de prononcer des injonctions que la question du fondement de la prohibition s'est posée dans la doctrine, et notamment des effets de la loi des 16 et 24 août 1790.

Mais, faisant la synthèse des arguments tendant à faire reposer le principe d'interdiction sur cette loi, et en les écartant, le professeur Moderne a magistralement montré qu'« il est difficile de tirer de la loi des 16-24 août 1790 des indications précises sur le devenir du contentieux de l'administration ». Il nous montre alors que le législateur révolutionnaire ne s'opposait pas à ce que l'administration soit amenée à répondre de ses actes ou de ses agissements.

Surtout, ajoute-t-il, cette loi ne peut être le fondement d'un tel principe, car il faudrait qu'elle se soit vue reconnaître valeur constitutionnelle. Or, c'est ce qu'a écarté le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 janvier 1987.

Cette faiblesse théorique est relayée par le caractère très discret des justifications appuyant le principe d'interdiction, dans les conclusions des commissaires du gouvernement (cf par exemple les conclusions Roux sur la décision Vinçot, qui souligne que refus d'injonction est difficilement justifiable).

La rédaction même des décisions en atteste, par des formules que l'on sait laconiques.

Voir par exemple :

CE 15 février 1978 Plantureux n° 968 classé en A : « CONSIDERANT QU'IL N'APPARTIEN PAS AU JUGE ADMINISTRATIF D'ADRESSER DES INJONCTIONS A L'ADMINISTRATION ; QUE DE TELLES CONCLUSIONS NE SONT DONC PAS RECEVABLES ».

La formule est d'autant plus laconique si on la lit en écho au principe inverse reconnu au profit du juge judiciaire, en qualité de principe général du droit, dans les décisions bien connues Barre et Honnet de 1974 : « le pouvoir qui appartient au juge d'assortir d'une astreinte les injonctions qu'il adresse aux parties ». Mais je n'avais jamais fait attention à cette formule, qui évoque le « juge » et ne se cantonne pas au seul « juge judiciaire ».

Le contentieux porte ainsi en lui l'idée d'auto-limitation, mise en évidence par J. Rivero, de retenue, ou encore de mesure.

C'est en tous cas comme cela que la doctrine l'interprète, se fondant sur des considérations de « psychologie » administrative. Il faut songer par exemple à ce que soulignait Hauriou qui voyait dans les bureaucraties publiques « la même susceptibilité vaniteuse » que chez les peuples primitifs et considérait que si le juge répugnait à donner des ordres c'est parce que « l'administration n'aimerait pas en recevoir... fût-ce du Conseil d'Etat » !

Cette idée d'auto-limitation persiste d'ailleurs puisque la prohibition des injonctions demeure en tant que principe : ce n'est en effet que si un texte le prévoit que le juge administratif ordonne une mesure d'injonction. V. par ex : CE 27 juillet 2009 Giard n° 302 110 :

« Considérant qu'en principe, en l'absence de tout texte, il n'appartient pas aux juridictions administratives d'adresser des injonctions à une autorité administrative ».

Dès lors, à la question de savoir si la loi était nécessaire, la réponse semble positive car au défaut de principe justifiant la prohibition, aucun principe jurisprudentiel ou constitutionnel ne permettait d'entrevoir que fut adoptée la solution contraire.

En troisième lieu, c'est le constat d'une carence parmi la gamme d'outils dont disposait le juge. Il ne s'agit pas d'une carence appréciée in abstracto, mais au regard des outils dont dispose le juge judiciaire. On peut apprécier la comparaison avec la formule du CPC, article 1425-4 sur l'injonction de faire.

Le but a donc été de rééquilibrer les outils pour conforter la place du juge administratif en renforçant ses moyens.

En quatrième lieu, préexistait un terreau favorable et l'outil qu'est l'injonction ne naît évidemment pas ex nihilo. C'est l'une des particularités de l'histoire contentieuse administrative, c'est le mille-feuille, qui en fait d'ailleurs toute la subtilité et l'intérêt...

L'injonction est déjà présente dans l'office du juge, avant l'intervention de la loi du 8 février 1995.

Pour mémoire seulement, c'est bien connu :

Possibilité de prononcer des injonctions à l'égard des personnes privées.

Faculté reconnue en matière d'instruction, cf Couespel du Mesnil et Barel.

Plusieurs textes sont intervenus afin de donner au juge administratif un pouvoir d'injonction. Il ne faut tout d'abord pas minimiser la portée de la loi du 16 juillet 1980.

A l'occasion en effet du rapport de 1990 consacré à l'exécution des décisions des juridictions administratives, il avait été affirmé que « *La véritable décision n'est pas, en réalité, l'astreinte elle-même, mais l'injonction. La loi du 16 juillet 1980 n'a pas [...] évoqué explicitement le pouvoir d'injonction, mais, en permettant au Conseil d'Etat de prononcer une astreinte en cas d'inexécution d'une décision de justice, elle lui a implicitement – mais nécessairement – permis d'enjoindre à l'Administration d'exécuter cette décision* ».

Egalement, la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication, en son article 42-10, a doté le président de la section du contentieux d'un pouvoir d'injonction à l'égard des exploitants de services de communication audiovisuelle. Il est prévu que le président du CSA puisse saisir le Conseil d'Etat d'une procédure de référé s'il constate un manquement aux obligations instituées par la loi. La décision du président de la section du contentieux rendue en référé est immédiatement exécutoire. Certaines ordonnances rendues sur ce fondement sont bien connues, comme par exemple celle relative à la chaîne Al Manar.

De plus, la loi n°92-10 du 4 janvier 1992 a reconnu au profit du juge administratif, saisi d'un référé précontractuel, la possibilité d'exiger des personnes publiques qu'elles se conforment à leurs obligations de publicité et de mise en concurrence du contrat qu'elles envisagent de signer.

Et, mais nous y reviendrons, les motifs de la décision du juge administratif peuvent être analysés sous l'angle de l'injonction. Cette technique n'est pas récente et connaît l'une des ses plus célèbres illustrations dans l'arrêt *Rodière*.

Enfin, en cinquième lieu, il y a un élément de contexte très fort. Le besoin d'injonction ne saurait être dissocié d'un besoin social de justice qui passe par la reconnaissance d'une situation individuelle et la garantie des droits de la personne. L'injonction participe de la **subjectivisation** du contentieux et plus largement d'une thématique qui est plus familière aux constitutionnalistes, à savoir la fondamentalisation du droit.

En revanche, il ne faut pas survaloriser le contexte européen, qui certes a eu une influence notamment suite à l'arrêt de la CJCE Factortame, mais l'arrêt Hornsby contre Grèce est postérieur à la réforme, date du 19 mars 1997, et nulle trace de la volonté de se conformer à la ligne de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg n'apparaît dans les travaux préparatoires.

II. Éléments pour la construction d'une problématique

Appréhender ce qu'enjoindre veut dire appelle une triple interrogation, sur la nature de l'injonction, sur sa finalité et sur ses effets.

Quant à sa nature, tout d'abord.

Peu d'interrogations spécifiques sur ce point.

Il ressort tout d'abord de la jurisprudence et de la doctrine que la mesure d'injonction n'a jamais été insérée dans une catégorie particulière. Elle me semble assez rétive à l'esprit de système.

Il y a, tout d'abord, bien l'idée que l'injonction est un « ordre sanctionné » (cf les travaux d'Y. Gaudemet) c'est-à-dire une obligation mise à la charge des parties et dont le juge « organise les sanctions ». Hauriou le soulignait déjà, considérant que l'injonction « est un ordre qui suppose et fait entrevoir une sanction ».

L'injonction appartient évidemment au pouvoir de juger, puisque l'office du juge comporte, nous le savons, les fonctions de dire le droit et de rendre la justice, et cette double composante constitue dès le droit romain l'office du juge (Sénèque). Si elle n'est pas de même nature que l'annulation elle-même, elle est chose jugée, incorporée dans le dispositif et couverte par la formule exécutoire. Elle est donc susceptible, au même titre que le principal, d'appel ou de pourvoi en cassation.

L'injonction exprime donc l'imperium du juge, mais c'est un ordre dont il n'a pas l'initiative, comme cela est régulièrement affirmé dans la jurisprudence (cf par exemple décision Kanoute du 6 novembre 2000 n° 220825), aux termes de laquelle le Conseil rappelle « qu'en dehors du cas prévu par l'article 6-1 de la loi du 16 juillet 1980, dont les conditions d'application ne sont pas remplies en l'espèce, il n'appartient pas au juge administratif d'adresser des injonctions à l'administration ».

On observera à ce propos que l'injonction, parce qu'elle renvoie à l'imperium du juge, peut nécessairement des interrogations sur la légitimité de ce dernier et sur la nécessité – en débat – de sa connaissance intime de l'Administration.

L'interrogation sur la nature de l'injonction pose également la question de son unité conceptuelle.

Si nous laissons de côté les injonctions de procédure, l'injonction qui appartient au pouvoir – ou au devoir de juger est bien de deux sortes. Il y a l'injonction prononcée par le juge en vue de respecter les conséquences d'une annulation ou d'en moduler les effets et injonction en vue de sanctionner ou de prévenir inexécution de la chose jugée (V. travaux de Sabine Boussard).

Le juge administratif, on le sait, s'est reconnu le pouvoir de prononcer des injonctions spécifiques même en l'absence de demande du requérant sur ce point : CE 25 juin 2001 : Société à objet sportif Toulouse Football Club (qu'il y a lieu, dans ces conditions, d'en préciser la portée par des motifs qui en constituent le soutien nécessaire), ou encore dans les affaires Titran I et II.

Comme le souligne Camille Broyelle : « Dans ces affaires, c'est la nature particulière des illégalités commises qui a incité le juge à une telle intervention. Les décisions annulées le sont toutes au motif qu'elles ne contiennent pas, ou n'ont pas pris en compte, une mesure qu'elles devaient prévoir ou retenir. Or l'annulation d'une omission revêt un caractère très théorique ; elle ne se suffit pas au rétablissement de la légalité » (De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur, DA n° mars 2004 chron 6).

Evidemment ces deux pouvoirs obéissent à une différence de régime en grande partie marquée par la marge de manœuvre, plus ou moins étendue, dont dispose le juge.

Toutefois, le ressort intrinsèque de ces deux pouvoirs est proche puisque l'un dépend de ce que la décision juridictionnelle « implique nécessairement », tandis que le second est fonction de ce que la décision d'annulation « a nécessairement pour conséquence ».

En dépit de cette dualité, il y a donc bien ce terreau commun : c'est ordonner une mesure au regard de ce que l'annulation implique, pour qu'elle revête un effet utile. Et, plus largement, si on inclut l'injonction procédurale, nous restons bien dans la perspective mise en évidence par Hauriou de l'ordre qui laisse entrevoir une sanction, qui est donc encore aujourd'hui la définition admise.

Fonctions

La finalité préventive est première : il s'agit d'anticiper l'inertie supposée ou redoutée de l'administration dans l'exécution des décisions de justice. Ce caractère préventif la distingue de l'astreinte. Dans ses conclusions sur la décision Menneret du 17 mai 1985, le commissaire du gouvernement Pauti explique en effet à propos de l'astreinte que la mission du juge qui prononce l'astreinte est « simplement de vaincre la résistance injustifiée d'une personne publique ».

La seconde fonction est pédagogique : il s'agit de répondre à l'incertitude des parties sur les mesures d'exécution. L'injonction participe donc d'une démarche d'appui. Cette perspective avait été clairement mise en évidence par le Garde des Sceaux Pierre MEHAIGNERIE qui avait insisté sur l'aspect pédagogique de la réforme : « *en explicitant clairement ce qu'impose l'exécution du jugement, le juge administratif ne fait qu'aider et éclairer l'Administration. En lui indiquant des mesures précises, il évite que le justiciable ne revienne devant la juridiction pour non-exécution, ou simplement mauvaise exécution, de la décision rendue* ».

Nous retrouvons également cette dimension, par exemple, dans les conclusions de F. Lamy sur l'avis Berrad, qui indique que « ce pouvoir lui a été donné seulement pour assurer l'exécution de la chose jugée, et sa reconnaissance vise uniquement à lui donner le pouvoir d'explicitier les conséquences nécessaires entraînées par son jugement ».

Effets :

L'injonction a incontestablement modifié les méthodes de travail du juge et a dans certaines hypothèses singulièrement complexifié son office.

Il y a plusieurs illustrations de cet exercice délicat qui soulèvent des questions différentes.

Premier exemple de cet exercice délicat : l'injonction prononcée dans le cadre du référé précontractuel a donné lieu à maintes jurisprudences et met en balance en permanence rétablissement de la légalité et liberté contractuelle.

Quel est le curseur dans la pratique injonctive ? C'est la gravité du manquement constaté.

Mais à partir de là, la palette est large. En effet, on le sait, l'injonction peut être ordonnée seule. Il en ira ainsi, par ex, si les motifs détaillés de rejet de son offre n'ont pas été communiqués à un candidat (mais enjoindre la production du PV de la CAO ou de l'offre présentée par l'attributaire n'entre pas dans l'office du juge, CE, 6 mars 2009, n° 321217, Synd. mixte région Auray). Elle pourra aussi être couplée avec une mesure d'annulation, partielle ou totale, de la procédure (injonction de supprimer du règlement de consultation un critère de sélection illégal et de reprendre l'examen des offres sans reprendre les formalités initiales de publicité, CE, 25 juill. 2001, n° 229666, Cne Gravelines ; injonction d'admettre une candidature irrégulièrement écartée (sous les réserves exposées plus loin), CE, 3 mars 2004, n° 258602, Cne Châteaudun ; annulation de l'ensemble de la procédure et injonction de relancer une procédure complète, CE, 28 avr. 2006, n° 280197, Cne Toulouse).

Dans tous les cas, la portée de l'injonction est boréne. D'une part, le juge des référés précontractuels ne doit pas méconnaître la liberté de la personne publique de renoncer à la procédure et ne peut donc prononcer une injonction qui créerait une obligation en ce sens (CE, 15 déc. 2008, n° 310380, Communauté urbaine Dunkerque). C'est la raison pour laquelle les injonctions accompagnant une annulation contiennent systématiquement une réserve relative à la décision de poursuivre ou non la procédure de passation du marché litigieux (qui est la formule qu'on retrouve par exemple dans CE, 28 avr. 2006, n° 280197, Cne Toulouse). D'autre part, le juge ne peut substituer son appréciation à celle de l'administration que dans des circonstances très particulières. Ainsi, le juge qui constate l'irrégularité d'un motif de rejet n'est pas fondé à ordonner, sans recherche complémentaire, l'admission de cette candidature (CE, 14 déc. 2009, Commune de la Roche sur Yon).

Le résultat = une pratique dans la dentelle... le « mode d'emploi » pour la suite de la procédure sera donc le plus souvent à insérer dans les motifs même de l'ordonnance.

Deuxième exemple de cet exercice délicat : une utilisation inaboutie des outils du plein contentieux. Et sur ce point là, la doctrine ne nous ménage pas toujours.

La première illustration de ce caractère inabouti = la question de l'articulation entre pouvoirs du juge de l'injonction et principe de l'économie des moyens utilisé dans le cadre de l'annulation.

Nous avons sur ce point en mémoire l'arrêt connu, rendu le 13 février 2008 par la CAA (06PA02800 arrêt Continella), par lequel elle a jugé que lorsque le juge est saisi de conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à l'administration de prendre une mesure d'exécution dans un sens déterminé, il doit vérifier si l'un au moins des moyens de la requête implique nécessairement le prononcé de cette injonction.

La cour a considéré qu'en refusant de prononcer l'injonction demandée, au motif que le moyen de légalité externe qu'il avait retenu au stade de l'annulation ne l'impliquait pas nécessairement, sans rechercher si un autre des moyens d'annulation soulevés n'aurait pas

impliqué qu'il y fasse droit, le tribunal administratif avait « *méconnu son office de juge de l'exécution* ».

Ce qui, mais je peux me tromper, paraît obéir à la logique selon laquelle il faut tirer toutes les conséquences de ce que le juge de l'injonction est un juge de plein contentieux.

Or le CE n'a pas vu les choses de la même manière, dans les décisions

N° 335306

Société Véolia Propreté

N° 335480

Communauté d'Agglomération Clermont Communauté et autres

N° 337349

Société Ophrys

N° 337394

Communauté d'Agglomération Clermont Communauté

Dans ces affaires, les parties souhaitaient voir juger que pour examiner les conclusions à fin d'injonction, il appartient au juge de rechercher si d'autres motifs seraient susceptibles de justifier l'annulation de la décision (de légalité interne et non de légalité externe).

La lecture des conclusions nous donne une très intéressante clé d'analyse car si les arguments favorables à une telle position ne sont pas retenus, il n'en demeure pas moins qu'ils sont présentés comme portés par une certaine logique et une certaine cohérence.

Le rapporteur public B. Dacosta souligne ainsi que « *La solution peut sembler opportune, au moins dans le cas où le juge, dans le cadre de la même instance, est saisi de conclusions aux fins d'annulation et d'injonction, et se prononce par une seule décision. En allant piocher parmi les moyens invoqués au stade de l'annulation celui qui lui permettra de satisfaire à la demande d'injonction, le juge ne sort pas du litige global qui lui est soumis et donne au requérant la satisfaction la plus complète que celui-ci était en droit d'attendre. (...) Il épargne à ce dernier, par la même occasion, la nécessité d'engager un nouveau contentieux, puisqu'il empêche l'administration de reprendre une seconde décision entachée de la même illégalité.*

(...) On peut même estimer que l'option consistant à donner au juge de l'exécution la possibilité de se fonder sur un moyen non retenu au stade de l'annulation présente un avantage sur celle consistant à supprimer la règle de l'économie de moyens au stade de l'annulation. En effet, le juge de l'excès de pouvoir se prononce sur la légalité de la décision attaquée à la date à laquelle celle-ci a été prise, alors que le juge de l'exécution se prononce au vu des circonstances de droit et de fait au jour de sa propre décision. Autrement dit, imposer au juge de l'annulation de se prononcer sur tous les moyens dont il est saisi n'est pas nécessairement utile au demandeur, puisque le moyen qui semble présenter l'intérêt maximal pour le requérant peut se révéler sans aucune portée au moment où le juge de l'exécution statue. A l'inverse, si vous deviez considérer que le juge de l'exécution peut prendre appui sur d'autres moyens que celui retenu au stade de l'annulation, il n'aurait évidemment à examiner que les moyens susceptibles, au moment où il se prononce, de fonder l'injonction demandée ».

Mais aucune de ces considérations n'est regardée comme décisive, et c'est la lettre de la loi qui prévaut : « *Ce pouvoir d'injonction, issu des lois du 16 juillet 1980 et du 8 février 1995, n'est pas un pouvoir inconditionné. Il trouve son fondement et sa limite dans l'obligation pour*

l'administration d'exécuter une décision juridictionnelle. Or, pour cerner la nature de cette obligation, et en particulier pour déterminer si la décision juridictionnelle impose à l'administration d'agir dans un sens déterminé, ou simplement de prendre une nouvelle décision, le juge de l'injonction doit prendre en compte non seulement le dispositif du jugement, mais aussi les motifs qui en constituent le soutien nécessaire. Par suite, si le sort de la demande d'injonction peut varier selon le motif de l'annulation d'un acte administratif, le juge de l'exécution est nécessairement tenu par les motifs du jugement d'annulation, sauf à lui conférer un pouvoir excédant le champ de celui qui lui a été confié par le législateur ».

Ce qui nous conduit naturellement vers la deuxième illustration de ce caractère (nécessairement ?) non abouti = quid de la portée des motifs de la décision, comme source autonome de la mesure de l'injonction.

On songe sur ce point à la décision du 20 juin 2012, 346073, Mme Ketsopa.

La CAA a annulé, le 8 novembre 2010, le jugement du TA au motif que les éléments pris en compte par le tribunal étaient postérieurs à l'arrêté préfectoral du 22 août 2008 et devaient donc rester sans incidence sur la légalité de cet arrêté, et a rejeté la demande au fond.

Mais elle a considéré que la naissance d'un enfant, intervenue postérieurement à l'arrêté, était de nature à faire obstacle à l'exécution de l'obligation de quitter le territoire, et a enjoint au préfet de délivrer à Mme Ketsopa une autorisation provisoire de séjour dans l'attente d'un réexamen de sa situation administrative.

Cette position n'a pas été validée par le Conseil qui a, à la lecture des conclusions, oppose d'abord la jurisprudence selon laquelle les conclusions à fin d'injonction qui accompagnent une demande d'annulation rejetée sont irrecevables (7 avril 1995, Surry, n° 154129, A ; 27 mars 1995, Heulin, n° 107274, A), car une telle décision n'appelle aucune mesure d'exécution mais oppose également le fait que la mesure d'injonction trouvait dans cette affaire son fondement dans une partie de la motivation de la décision qui devenait une source autonome de la mesure d'injonction. « Le risque serait grand de voir s'ouvrir au pouvoir d'injonction du juge un champ aux contours imprécis, ce qui soulèverait des questions de principe très sérieuses, au regard de la sécurité juridique », ainsi que souligne le rapporteur public Cyril Roger-Lacan dans ses conclusions.

Pourtant, cette manière de voir a été critiquée dans quelques commentaires doctrinaux car la voie dans laquelle s'était engagée la cour administrative d'appel de Paris explorait « d'autres potentialités » (citation) de l'injonction juridictionnelle.

La question demeure donc pleinement ouverte de la portée à donner aux motifs de la décision. Dans ce cadre, il y a bien deux visions qui s'affrontent : une vision « légitimiste », qui repose sur l'esprit et la lettre de la loi, et une vision plus sensible à la voie de droit contentieuse qu'est l'action en déclaration de droits qui existe en droit allemand, qui permet à un administré, s'estimant atteint dans l'un de ses droits subjectifs, de demander au juge le constat de l'existence de ce droit et de faire injonction à l'administration de satisfaire sa demande.

L'injonction bouscule donc nécessairement les frontières, les catégories contentieuses et, plus largement, la conception que nous nous faisons chacun de notre office, qu'il est bon de toujours interroger.

