

”L’avis du Conseil d’État du 27 mars 2019 et la régularisation des recours contentieux exercés en l’absence d’une décision”, RJO Revue Juridique de l’Ouest, IODE Institut de l’Ouest : Droit et Europe-Univ. de Rennes 1, 2019, n° 1

Olivier Fandjip

► **To cite this version:**

Olivier Fandjip. ”L’avis du Conseil d’État du 27 mars 2019 et la régularisation des recours contentieux exercés en l’absence d’une décision”, RJO Revue Juridique de l’Ouest, IODE Institut de l’Ouest : Droit et Europe-Univ. de Rennes 1, 2019, n° 1. Revue juridique de l’Ouest , IODE(UMR CNRS 6262), 2019, 7 p. hal-02386771

HAL Id: hal-02386771

<https://hal.uca.fr/hal-02386771>

Submitted on 29 Nov 2019

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.

L'AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT DU 27 MARS 2019 ET LA REGULARISATION DES RECOURS CONTENTIEUX EXERCES EN L'ABSENCE D'UNE DECISION

par

Olivier Fandjip

Docteur en droit public

Enseignant contractuel à l'université Clermont Auvergne

En l'absence d'une décision, tout recours introduit devant le juge administratif est irrecevable car le recours contentieux ne peut être dirigé que contre une décision préalablement édictée par l'administration. Ainsi, lorsque la décision est inexistante, le justiciable doit la provoquer. C'est ce que prévoit le Code de justice administrative en son article R 421-1 lorsqu'il dispose que « la juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée ». Cette irrecevabilité du recours contentieux tirée du défaut d'une décision a connu, jusqu'à l'avènement du décret du 2 novembre 2016 portant réforme du Code de justice administrative¹, un nombre considérable d'assouplissements. En effet, les possibilités de régulariser de tels recours ont largement été admises. Ce sont celles-ci qui avaient été corrigées par la réforme de 2016.

Toutefois, dans son avis rendu le 27 mars 2019, le Conseil d'État apporte des précisions sur le régime applicable à ces recours dépourvus de décision préalable, notamment en matière indemnitaire, et compte tenu de la réforme de 2016². Il s'agit ici d'un avis rendu sur une question de droit car comme le prévoit le Code de justice administrative en son article L 113-1, « avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'État, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée [...] ».

Ainsi que le souligne M. Yann Livenais, « l'automne 2018 et le début de cette année 2019 ont donné l'occasion à la section du contentieux d'apporter des tempéraments majeurs aux effets procéduraires »³. Cet avis du Conseil d'État s'inscrit certainement dans cette logique car il amène à s'interroger sur les possibilités de régularisation d'un recours contentieux⁴ introduit en l'absence d'une décision prise par l'administration, en général, et en matière indemnitaire en particulier. La régularisation d'un recours, il est important de le préciser, correspond à sa mise en conformité aux normes, aux règles de droit. Il s'agit simplement de rectifier pour faire en sorte que l'acte se conforme aux règles applicables.

La présente analyse doit se faire au regard de l'article R 421-1 du Code de justice administrative issu de la réforme de 2016. Elle est l'occasion de mettre une fois de plus en exergue l'importance de la décision préalable dans le contentieux administratif français, d'un point de vue théorique, et, sur le plan pratique, de maîtriser l'évolution du régime juridique de cette règle.

¹O. FANDJIP, « Le renforcement des conditions d'accès au juge dans le nouveau Code français de justice administrative: le cas de la décision préalable », *Revue juridique de l'Ouest, IODE, université de Rennes*, n° 1/2017, p. 25-36.

²CE, sect., Avis n° 426472, 27 mars 2019, jorf n° 0079 du 3 avril 2019, texte n° 61.

³Y. Livenais, « Le rire de « Sergent »: de quelques assouplissements récents des règles de procédure contentieuse par le Conseil d'État », *Revue générale du droit on line*, 2019, numéro 43696 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=43696).

⁴ Pour une étude générale, voir par exemple : D. CHABANOL « La régularisation des requêtes devant la juridiction administrative », *AJDA* 1993, p. 331.

Il convient alors de poser la question de savoir si l'avis du Conseil d'État du 27 mars 2019 s'inscrit ou non sur le régime de la régularisation des recours introduits sans décision préalable tel que définit par le Code de justice administrative depuis la réforme de 2016.

Une démarche à la fois dogmatique, donc fondée sur l'étude des dispositions issues de la réforme de 2016, et casuistique, c'est-à-dire l'analyse de la jurisprudence, permettent d'apporter des réponses à cette question.

En effet, l'avis de la Haute juridiction tend à maintenir le statu quo, c'est-à-dire à conserver le régime des régularisations qui existaient avant la réforme de 2016, notamment en matière indemnitaire (II). Pour bien comprendre cette situation, il est important de rappeler les cas de régularisation qui avaient ainsi fait l'objet d'une limitation suite à l'intervention du décret du 2 novembre 2016 portant réforme de la partie réglementaire du Code de justice administrative, puisque c'est de ce texte qu'il s'agit (I).

I- La régularisation possible des recours contentieux non indemnitaire exercés en l'absence d'une décision

Avant l'intervention du décret du 2 novembre 2016, la possibilité de régulariser un recours contentieux introduit sans décision préalable pouvait intervenir, d'une part, par le biais d'un acquiescement (A), et, d'autre part, à travers une défense au fond de la part de l'administration (B).

A. La régularisation à travers l'acquiescement

Dans la jurisprudence du Conseil d'État, on a pu observer la régularisation des recours contentieux exercés sans décision préalable de l'administration. Il en a été ainsi dans l'affaire *Association Club athlétique Mantes-la-Ville c/Fédération française de Hand-Ball*. À cette occasion, le Conseil d'État avait souligné, d'abord, que l'absence de demande préalable adressée à la Fédération était synonyme d'un défaut de « décision susceptible de lier le contentieux »⁵ et qu'en conséquence de telles conclusions étaient « manifestement irrecevables »⁶. Par la suite, il avait souligné que l'« irrecevabilité n'est pas susceptible d'être couverte en cours d'instance, dès lors qu'elle est expressément opposée [...] »⁷. C'est dire que si l'administration s'était abstenue de soulever l'inexistence de la décision préalable, le juge administratif n'était pas tenu de l'invoquer d'office. Dans ce cas elle aurait acquiescé ; il était donc considéré qu'elle avait consenti aux prétentions de l'administré. Il y a donc acquiescement dans la mesure où elle admet « pour exacts les éléments de fait fournis par le requérant »⁸. Cette attitude permet alors de couvrir l'absence d'une décision préalable ; la décision préalable étant ainsi « contenue, de fait, dans l'acquiescement »⁹. Dans ces conditions, un tel recours est recevable. La réforme du 2 décembre 2016 n'avait pas remis en cause cette possibilité de régularisation. Il en était de même pour le cas de la régularisation à travers une défense au fond.

B. La régularisation à travers une défense au fond

Le défaut de décision préalable dans le cadre d'un recours devant le juge administratif pouvait également être régularisé dès lors que l'administration affirmait qu'elle prend acte de la position qu'adoptera la juridiction. Une telle attitude, considérée comme « une contradiction

⁵ CE, 13 juin, 1984, *Rec.*, p. 218

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ J-C. RICCI, *Contentieux administratif*, Paris, Hachette supérieure, 4^e éd., 2014, n° 148, p. 79

⁹ *Ibid.*

simple, non argumentée, des prétentions du requérant »¹⁰ entraînait donc une décision préalable. Ainsi, étant donné qu'il revient à l'administration de soulever l'irrecevabilité en l'absence de la décision, lorsqu'elle se contente de présenter des observations au fond, donc sans opposer la fin de non-recevoir tirée du défaut de décision préalable, le recours contentieux est recevable. Le Conseil d'État a pu ainsi admettre que l'administration accepte le contentieux et qu'elle est liée par sa défense au fond¹¹.

Dans ce cas également, le décret du 2 novembre 2016 portant modification du code de justice administrative n'avait pas modifié ce cas de régularisation. Comme cela a été mentionné précédemment, dans le cas du contentieux indemnitaire, en revanche, la réforme avait exclu toute possibilité de régularisation. Mais, l'avis susvisé du Conseil d'État vient jeter un doute sur cette limitation.

II- La régularisation quasi-impossible des recours contentieux indemnitaire exercés en l'absence d'une décision

Le décret du 2 novembre 2016 était venu mettre fin à la régularisation des recours prématurés en matière indemnitaire (A). Toutefois, l'avis du 27 mars rendu par le Conseil d'État semble avoir rouvert la voie aux régularisations (B).

A. L'exclusion a priori de la régularisation

Contrairement aux assouplissements tirés de l'attitude de l'administration (acquiescement, défense au fond), la régularisation en matière indemnitaire était liée à la présence d'une décision préalable mais dont la naissance n'est pas antérieure au recours contentieux comme cela devrait normalement se faire. Le Conseil d'État admettait la possibilité pour le justiciable d'introduire une action en justice sans lier le contentieux, donc en l'absence d'une décision préalable, à condition de procéder à une régularisation avant l'intervention de la décision de justice sur le fond de l'affaire. Ainsi, dans la décision *Marcel*¹², le Conseil d'État avait réitéré sa position adoptée dans l'arrêt *Établissement français du sang*¹³. Dans ces deux affaires, le juge administratif avait affirmé, concernant un requérant qui ne justifiait pas d'une décision préalable à son recours contentieux, que ce recours n'encourt pas l'irrecevabilité dès lors que le requérant a obtenu, par la suite, cette décision, alors que le litige est encore pendant devant la juridiction saisie. En d'autres termes, le Conseil d'État avait rappelé qu'« aucune fin de non-recevoir tirée du défaut de décision préalable ne peut être opposée à un requérant ayant introduit devant le juge administratif un contentieux indemnitaire à une date où il n'avait présenté aucune demande en ce sens devant l'administration lorsqu'il a formé, postérieurement à l'introduction de son recours [contentieux], une demande auprès de l'administration sur laquelle le silence gardé par celle-ci a fait naître une décision implicite de rejet avant que le juge de première instance ne statue »¹⁴. Cette solution montrait certainement la volonté du juge administratif de ne pas restreindre l'accès au prétoire. C'est donc cette flexibilité que le décret du 2 novembre 2016 a cru devoir limiter en excluant désormais la régularisation dans le contentieux indemnitaire. L'article R 421-1 issu de cette réforme, a priori, exclut toute possibilité de régularisation car, selon cette nouvelle formulation, « lorsque la requête tend au paiement d'une somme d'argent, elle n'est recevable qu'après l'intervention de la décision prise par l'administration sur une demande préalablement formée

¹⁰ A. CIAUDO, « S'en remettre à la sagesse du juge administratif », *Jcpa*, 7 avr. 2008, p. 21-27.

¹¹ CE, 13 févr. 2012, n° 346549, *Nicolas x c/ Ministre de l'enseignement supérieure et de la recherche* ; CE, 27 mai 2009, *Centre départemental de travail protégé et d'hébergement de Castelnau-Rivière-Basse*, n° 313773 ; CE, ass., 23 avr. 1965, *Dame veuve Ducroux* n° 60721.

¹² CE, 3 mai 2010, *Marcel c/ Préfet de la Mayenne*, n° 317558.

¹³ CE, 11 avr. 2008, *Établissement français du sang c/ Monique*, n° 281374.

¹⁴ *Ibid.*

devant elle ». Cependant, l'avis du Conseil d'État du 27 mars 2019 ne donne certainement pas une interprétation aussi stricte de cette disposition. Il tend dans une certaine mesure à maintenir la tendance à l'allègement.

B. L'admission possible de la régularisation

À travers le jugement n° 1700229 du 11 décembre 2018, le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, avant de statuer sur la demande de M. et Mme R... tendant à la condamnation du centre hospitalier universitaire de Reims à réparer les préjudices qu'ils auraient subis du fait d'une infection nosocomiale contractée dans cet établissement, a décidé, au regard de l'article L 113-1 du Code de justice administrative précité de transmettre le dossier de cette demande au Conseil d'Etat, en soumettant à son examen les trois questions suivantes: 1- Lorsqu'une demande indemnitaire a été adressée à l'administration avant la saisine du juge administratif, mais qu'à la date de cette saisine aucune décision statuant sur cette demande n'est encore intervenue - notamment pas une décision implicite de rejet -, les dispositions du second alinéa de l'article R. 421-1 du code de justice administrative doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles excluent toute possibilité de régularisation par la liaison du contentieux en cours d'instance ? 2- En cas de réponse négative à la première question : a) La circonstance que l'administration aurait opposé une fin de non-recevoir, notamment tirée du défaut de liaison du contentieux, avant l'intervention d'une décision sur la demande préalable s'opposerait-elle à la régularisation de la requête du fait de l'intervention en cours d'instance de cette décision ? b) La régularisation de la requête résulterait-elle seulement de l'intervention en cours d'instance de cette décision, ou nécessiterait-elle que le requérant présente des écritures réitérant ses conclusions indemnitaires ? 3° En cas de réponse positive à la première question, le juge devrait-il se borner à constater que des écritures présentées par le requérant en cours d'instance, après l'intervention d'une décision statuant sur sa demande préalable, à l'effet de réitérer ses conclusions indemnitaires, sont sans incidence sur l'irrecevabilité de la requête, ou lui appartiendrait-il alors de regarder ces écritures comme constituant une nouvelle requête, à traiter comme telle ?

La Haute juridiction y a répondu en ces termes : 1. Aux termes de l'article R. 421-1 du code de justice administrative, dans sa rédaction résultant du décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016 portant modification du code de justice administrative : « La juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée. / Lorsque la requête tend au paiement d'une somme d'argent, elle n'est recevable qu'après l'intervention de la décision prise par l'administration sur une demande préalablement formée devant elle ». 2. Il résulte de ces dispositions qu'en l'absence d'une décision de l'administration rejetant une demande formée devant elle par le requérant ou pour son compte, une requête tendant au versement d'une somme d'argent est irrecevable et peut être rejetée pour ce motif même si, dans son mémoire en défense, l'administration n'a pas soutenu que cette requête était irrecevable, mais seulement que les conclusions du requérant n'étaient pas fondées. 3. En revanche, les termes du second alinéa de l'article R. 421-1 du code de justice administrative n'impliquent pas que la condition de recevabilité de la requête tenant à l'existence d'une décision de l'administration s'apprécie à la date de son introduction. Cette condition doit être regardée comme remplie si, à la date à laquelle le juge statue, l'administration a pris une décision, expresse ou implicite, sur une demande formée devant elle. Par suite, l'intervention d'une telle décision en cours d'instance régularise la requête, sans qu'il soit nécessaire que le requérant confirme ses conclusions et alors même que l'administration aurait auparavant opposé une fin de non-recevoir fondée sur l'absence de décision.

Quelle interprétation peut-on en donner ? En effet, au regard de cet avis, en matière indemnitaire le Conseil d'État précise trois choses : d'abord, que l'irrecevabilité du recours en

l'absence d'une décision préalable, et qui s'applique même en cas de défense au fond de la part de l'administration, n'est pas exclusive de toute modulation. Ensuite, il signale que ce n'est pas à la date de l'exercice du recours contentieux que le juge apprécie le respect ou non de la règle de la décision préalable mais plus tôt à la date à laquelle il statue. Enfin, il juge que si à cette date l'administration a adopté une décision, alors la régularisation est possible et cela même si l'administration défenderesse avait auparavant conclu à l'irrecevabilité du recours en invoquant l'absence de décision préalable.

Cet avis n'est pas loin de sa jurisprudence antérieure en matière indemnitaire. Il faut souligner à cet égard que dans sa décision du 04 décembre 2013, n° 354386, il avait rappelé, d'une part, qu'un requérant qui avait exercé son recours administratif préalable mais ne justifiait pas d'une décision explicite, encore moins implicite de la part de l'administration à la date où le tribunal statuait, une telle requête était irrecevable. D'autre part, il avait souligné l'absence de régularisation du recours contentieux face à des conclusions de l'administration tendant, à titre principal, à l'irrecevabilité de la requête fondée sur l'absence de décision préalable et, subsidiairement, à un rejet au fond dudit recours. C'est dire que si cette requête avait obéi aux critères ainsi définis, elle aurait été régularisée. Cette solution n'est donc pas loin de l'avis susvisé.

Compte tenu de cet avis, on n'est pas loin des assouplissements qui existaient jusqu'ici. Le Conseil d'État donne donc encore la possibilité aux justiciables de solliciter la décision préalable alors que l'affaire est en cours d'instruction. L'accès au juge demeure encore favorisé à travers la possibilité de régulariser un recours en faisant intervenir de façon tardive une décision préalable¹⁵ même en présence d'une fin de non-recevoir auparavant formulée par l'administration. Il y a donc encore un « souci de pragmatisme »¹⁶ de la part du Conseil d'État ; une volonté de ne pas « condamner trop sévèrement le requérant par excès de formalisme »¹⁷. Le justiciable dispose donc toujours de cette possibilité de voir son recours accueilli même en cas de disconvenu sur l'exigence d'une décision préalable, notamment en matière indemnitaire. La souplesse qui caractérise les conditions d'accès au juge, selon la tradition de la justice administrative française, est toujours d'actualité¹⁸.

¹⁵En ce sens, J-F. ROULOT, « La règle de la décision préalable Les possibilités de régularisation », *Droit administratif*, mai 1999, p. 7.

¹⁶D. BAILLEUL, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoirs et de plein contentieux objectifs en droit public français*, Paris, LGDJ, coll. « Bibl de droit public », t. 220, 2002, préface de Gilles Lebreton, n° 107.

¹⁷*Ibid.*

¹⁸En ce sens, O. Fandjip, « Le juge administratif français face à l'urgence », in C-A Dubreuil (dir.), *L'évolution du droit administratif en France et en Russie*, PUF, Paris, coll « Thémis droit », 2016, p. 265-281.