



HAL
open science

”Le nouveau visage de la décision préalable en contentieux administratif français”, Les Annales de Droit, PURH Presses Universitaires de Rouen et du Havre, 2018, n° 12, pp. 141-158

Olivier Fandjip

► **To cite this version:**

Olivier Fandjip. ”Le nouveau visage de la décision préalable en contentieux administratif français”, Les Annales de Droit, PURH Presses Universitaires de Rouen et du Havre, 2018, n° 12, pp. 141-158. Les Annales de droit, 2018, n° 12, pp. 141-158. hal-02396988

HAL Id: hal-02396988

<https://uca.hal.science/hal-02396988>

Submitted on 6 Dec 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.

Le nouveau visage de la décision préalable en contentieux administratif français

par

Olivier Fandjip

Docteur en droit public

Enseignant contractuel

Université Clermont Auvergne,

Centre Michel de l'Hospital EA 4232,

F-63000 Clermont-Ferrand, France

Mots clés : *conditions d'accès au juge administratif, phase précontentieuse, règle de la décision préalable, matière de travaux publics, recours anticipés*

Key Word: *access to administrative judge, pre-litigation phase, rule of preliminary ruling, public works, anticipated suit*

Introduction

Le décret du 2 novembre 2016 dit « décret pour la justice administrative de demain »¹ a procédé à une réforme de la partie réglementaire du Code de justice administrative. D'une manière générale, ce texte, a, pour l'essentiel, réaménagé le délai de recours contentieux², les recours abusifs³, la cristallisation des moyens⁴, le désistement d'office⁵ et les conditions d'accès au juge.

Il est intéressant d'analyser ce dernier point. En effet, l'accès au juge fait partie des éléments qui matérialisent la présence d'un juge en charge du contrôle juridictionnel de l'administration⁶.

Ainsi, sur les conditions relatives à la saisine du juge administratif, deux aménagements essentiels ont été opérés par ce texte. Il s'agit, dans un premier temps, de la dispense d'avocat. À cet égard, cette dispense est désormais admise pour l'ensemble des « contentieux sociaux » notamment en matière des « prestations, allocations ou droits attribués au titre de l'aide ou de l'action sociale, du logement ou en faveur des travailleurs privés d'emploi ». Aussi, cette dispense est désormais exclue en appel dans les contentieux d'excès de pouvoir de la fonction publique⁷. Elle l'est également dans le contentieux relatif à l'occupation domaniale et des travaux publics. Dans un second temps, cet aménagement des conditions d'accès au juge a également touché l'obligation de liaison préalable du contentieux⁸. En effet, la règle de la

¹ Son entrée en vigueur a eu lieu le 1^{er} janvier 2017. Voir article 35 du décret, publié au journal officiel sous le n° 0257 le 4 novembre 2016, texte n° 16, décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016. Voir aussi, F. POULET, « La justice administrative de demain selon les décrets du 2 novembre 2016 », *AJDA* 2017, p. 279.

² Article 10, alinéa 3, du décret.

³ Article 24 du décret.

⁴ Article 16 du décret.

⁵ Articles 17 et 20 du décret.

⁶ En ce sens, C. EUZET, « Les critères d'effectivité de la justice administrative dans la concrétisation de l'état de droit », in C. Juhel (dir), *Justice administrative et état de droit en France et au Maghreb*, Presses universitaires de Perpignan et de l'université de Toulouse 1 Capitole, 2015, p. 62-78.

⁷ Voir en ce sens O. PIERART, « De nouvelles règles en matière de compétence et de procédure administrative contentieuse », *RFDA* 2017, p 16.

⁸ Article 10, alinéas 1 et 2, du décret.

décision préalable fait partie des conditions de recevabilité des recours contentieux. Elle apparaît à certains égards comme étant le fondement même de la saisine du juge administratif. Cela traduit l'intérêt de la présente étude. La décision préalable marque la nécessité d'une « acceptation de l'instance », celle de « lier le contentieux »⁹. C'est une exigence qui est en conformité avec l'idée même de contentieux administratif. Il s'agit de « la solution très ingénieuse que le droit administratif français a trouvée, après des tâtonnements, [en admettant que] le contentieux soit lié par la décision rendue par l'autorité administrative elle-même sur la question contentieuse, qu'il y ait eu ou non réclamation ». Cette formalité représente donc « la matière première du contentieux », un « préalable administratif » lequel est, « sauf texte contraire, toujours nécessaire pour lier le contentieux »¹⁰. En effet, le procès est l'assemblage de deux éléments à savoir : la saisine du juge et le litige. Autrement dit, c'est la saisine du juge à la suite d'un litige qui constitue un procès. De ce point de vue, décision préalable correspond au litige, c'est-à-dire l'acte contesté servant de fondement au procès administratif¹¹. Ainsi, l'introduction d'un recours contentieux nécessite que le requérant justifie d'une « décision de l'administration existant préalablement »¹² à la saisine du juge. Ce n'est qu'à l'encontre de ladite décision qu'un recours contentieux doit être introduit. Cette décision préalable est permanente dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Toutefois, il arrive souvent que le justiciable doive la provoquer en présentant une demande préalable auprès de l'administration. C'est très souvent le cas en matière de plein contentieux. La décision préalable peut donc intervenir de manière spontanée, c'est-à-dire sans aucune demande introduite par l'administré, ou, à l'inverse, elle peut être provoquée donc survenir en guise de réponse de la part de l'administration à une demande présentée par le justiciable. Elle se définit donc comme étant l'acte de l'administration ayant donné lieu à un différend¹³. Il convient de poser la question de savoir si le nouveau régime juridique de la décision préalable, issu de la réforme du Code de justice administrative par le décret du 2 novembre 2016, a contribué ou non à un renforcement du droit d'accès au juge administratif. Autrement dit, la doctrine a pu souligner que selon la tradition du contentieux administratif français, les

⁹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 12^e éd., 1933, p. 381 et s.

¹⁰ E. LAFFERIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 2e éd., t. 1, 1896, p. 323 ; R. ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, t.1, 2007, préface de R. Denoix de Saint Marc, p. 759. Mais en dépit de la reconnaissance et l'usage de ce fondement, tel que développé par MM. Hauriou et Lafférière, MM. René Chapus et Yves Gaudemet, ne semblent pas partager ce point de vue. Selon ces derniers, un seul fait, qui se trouve éloigné des considérations de théorie juridique, est suffisant pour exprimer le fondement de la règle de la décision préalable. En effet, auparavant, notamment à l'époque qui précéda celle de l'affirmation de sa compétence en premier ressort, avec l'arrêt *Cadot* (CE, 13 déc. 1889, *Rec.*, p. 1148, concl. Jagerschmidt), le Conseil d'État ne recevait que les recours en appel concernant les décisions rendues par les Conseils de préfecture ou des recours pour excès de pouvoir ou encore celles qui étaient prises par les ministres. Ainsi, il s'est accoutumé à ne juger que lorsqu'il est en présence d'une décision. Dans ces conditions, même à la suite du rejet de la théorie du ministre-juge, il ne « renonça pas à cette habitude et continua à exiger de n'être saisi que d'une décision ». C'est en ce sens que la « loi du 17 juillet 1900 organisa alors les conséquences du silence des ministres saisis d'un recours hiérarchique pour pallier le défaut de décision préalable » (B. ASSO, F. MONERA, *Contentieux administratif*, Studyrama, coll. « Panorama du droit », 2006, p. 219). Ainsi, que ce soit au titre de sa qualité de juge d'appel des Conseils de préfecture et des ministres, ou au titre de sa compétence à l'égard des recours pour excès de pouvoir, cette règle a un fondement historique. La règle de la décision préalable a donc une source historique fondée sur l'habitude acquise par le Conseil d'État depuis sa mise en place (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien Lextensoéditions, coll. « Domat droit public », 13^e éd., 2008, n° 630 ; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, t. 1, 2001, n° 1002).

¹¹ En ce sens, P. LABBE, *Introduction au droit processuel*, Presses universitaires de Lille, coll. « Droit manuel », 1995, préface de Marie –Christine Rouault, p. 5.

¹² J.- C. RICCI, *Contentieux administratif*, Paris, coll. « Hachette supérieur », 4^e éd., 2014, n° 135.

¹³ Article L. 410-1, *Code des relations entre le public et l'administration*.

conditions d'accès au juge sont marquées par une certaine souplesse¹⁴. Dans ce contexte, peut-on dire que cette tradition a été remise en cause au regard du nouveau visage de la règle de la décision préalable ? La présente réflexion se propose donc d'analyser le nouveau visage de cette règle et ses incidences sur l'accès au juge. En effet, les exceptions, jusqu'ici, applicables à la décision préalable (I) de même que les assouplissements qui portaient sur la sanction de sa violation (II), ont été aménagés de manière à rendre rigide les conditions de recevabilité des recours contentieux.

I. Des conditions d'accès au juge resserrées par une réduction des exceptions à la décision préalable

Afin de mieux cerner l'incidence de la réforme s'agissant de la décision préalable sur les conditions d'accès au juge, il convient d'examiner le rejet, jadis, de cette règle avant la réforme. Elle était jusque-là exclue et sa mise en œuvre par la jurisprudence tendait à alléger les conditions d'accès au juge (A). Sa consécration a donc conduit à durcir les conditions d'accès au juge (B).

A. La mise en œuvre de l'exclusion de la décision préalable en matière de travaux publics avant la réforme

Depuis la réforme du 2 novembre 2016, on peut regrouper les exclusions à la règle de la décision préalable en trois cas : d'abord, lorsque l'administration est demandeur à l'instance¹⁵, ensuite, lorsqu'il s'agit des contrats en matière de déféré¹⁶, et, enfin, dans les contentieux d'urgence¹⁷ et de l'interprétation des actes administratifs¹⁸. À l'ensemble de ces exclusions, on pouvait ajouter celle relative au contentieux des travaux publics. Toutefois, celle-ci est désormais exclue. Avant de décret du 2 novembre 2016, en effet, l'article R. 421-1 du Code de justice administrative disposait que « sauf en matière de travaux publics, 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 exclusion avait permis jusqu'ici de rendre flexible l'accès au prétoire du juge administratif.

Sous l'égide de cette ancienne version, le vocable « matière de travaux publics » était « doté d'un caractère attractif »¹⁹. Ainsi, l'exclusion concernait le contentieux des contrats, le contentieux des contrats d'occupation temporaire, les dommages de travaux publics, les

¹⁴J.- H. STAHL, « La saisine du juge administratif : procédure préalable et conditions de recevabilité », *Revue administrative*, n° 7 (numéro spécial), 1999, p. 102.

¹⁵ CE, 25 juin 1955, *Commune de Marles-les-Mines*, *Rec.*, p. 662, cité par J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 151, p. 80 ; CE, 18 févr. 1959, *Ville de Roubaix*, *Rec.*, p. 125 ;

¹⁶ CE, 1^{er} mars 2006, *Sieur Jean X*, n° 272328 ; J.- C. RICCI, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 154. Voir aussi, CE sect., 9 déc. 2011, n° 337255, *Droit Administratif*, n° 2/2012, note F. Melleray. Disponible sur le site <http://www.lexisnexis.com/fr/droit/auth/checkbrowser.do?ipcounter=1&cookieState=0&rand=0.8447311450686479&bhpc=1>. Consulté le 16/11/2017 à 19 h ; B. DEFOORT, *La décision administrative*, Paris, LGDJ, coll. « Bibl.de droit public », t. 286, 2015, préface de Bertrand Seiller, n° 545.

¹⁷ CE, 19 mars 1997, *Ministère de l'agriculture de la pêche et de l'alimentation c/ Sté Bul*, *Rec.*, p. 941 ; O. GOHIN, « Les procédures d'urgence dans le contentieux administratif général », in O. Gohin (dir), *Les procédures d'urgence : approche comparative*, éd., Panthéon Assas, 2008, p. 153 ; F. MODERNE, « Le référé-liberté devant le juge administratif », in P. Wachsman (dir), *Le nouveau juge des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, Presses universitaires de Strasbourg, 2002, p. 146 ; F. LLORENS, « Le référé précontractuel entre continuité et changement », in P. Wachsman (dir), *Le nouveau juge des référés. op. cit.*, p. 54 ; M. DEGUERGUE, *Procédure administrative contentieuse*, Paris, LGDJ, coll. « Focus droit », 2003, p. 80.

¹⁸ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 758.

¹⁹ J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 150, p. 79.

demandes dirigées contre des ordres de versement et les états exécutoires²⁰. Cette dispense contribuait donc à faciliter l'accès au prétoire du juge administratif. Par exemple, dans l'affaire *Compagnie française Thomson-Houston et autres*²¹ où la requérante sollicitait l'annulation du jugement par lequel le tribunal administratif d'Orléans avait conclu à l'irrecevabilité de son recours en raison du caractère tardif de sa requête tendant à l'annulation des titres de recettes émis pour le compte de la Commune de Fleury-les-Aubrais, le Conseil d'État releva qu'il était question d'une demande formulée en matière de travaux publics, c'est-à-dire « celles qui sont dirigées contre les actes tendant à percevoir tout ou partie des sommes nécessaires au financement de travaux publics, lorsque ces demandes ne sont pas régies par des dispositions spéciales »²². Dans ce cas, aucune condition de délai n'était applicable²³. Cette interprétation, extensive, de la dispense de la décision préalable en matière de travaux publics a eu pour conséquence un assouplissement des conditions d'accès au juge. Dans le même sens, dans un premier temps, en matière de clause financière relative au permis de lotir ou de construire, s'agissant d'un recours en annulation contre ladite clause, le juge administratif mettait en œuvre la procédure de droit commun, donc sans exclure la condition de la décision préalable et, en conséquence, celle du délai²⁴. Dans un second temps, à travers la jurisprudence *Pluvian*²⁵, le Conseil d'État va modifier cette solution en admettant qu'un recours en annulation concernant une clause financière (autorisation de lotissement) fait partie du contentieux des travaux publics. Dans l'affaire *Commune d'Estampes*²⁶, le Conseil d'État est allé plus loin en précisant l'étendue de cette exclusion de la décision préalable en matière de travaux publics. Elle s'appliquait même lorsqu'il s'agit de la prescription quadriennale. Jadis, le juge administratif admettait que la dispense de la décision préalable, donc des délais, ne s'appliquait pas lorsque l'administration évoque la prescription quadriennale. Ainsi avait-il jugé dans un arrêt du 31 mai 1972, *Ville de Limoges*. Il apportait donc une exception à la dispense des délais en matière de travaux publics. C'est donc cette jurisprudence qui sera remise en cause dans l'affaire *Commune d'Estampes*²⁷, précitée. Le Conseil d'État va revenir sur sa position en admettant, désormais, l'absence de décision préalable, et donc de la condition de délai, en matière de travaux publics même lorsqu'est évoquée la prescription quadriennale²⁸. C'est donc en ces termes qu'on peut résumer les conséquences de l'article R. 421-1 du Code de justice administrative sur les règles de recevabilité des recours, selon sa formulation ancienne. Une telle articulation, pour l'ensemble favorable au droit d'accès au juge, a été resserrée par le décret du 2 novembre 2016. Selon la nouvelle version de cette disposition, on observe une consécration de la décision préalable en matière de travaux publics dont la conséquence, tout à fait logique, est un resserrement des conditions d'accès au juge.

²⁰ Voir dans l'ensemble, CE, 18 janv. 1963, *Wierel*, *Rec.*, p. 28 ; sect., 6 févr. 1970, *Kerguelen*, *Rec.*, p. 87 ; 13 oct. 1967, *Madelmont*, *Rec.*, p. 370 ; 27 juil. 1984, *Commune de la Teste de Buch* ; *Rec.*, p. 282 ; 12 févr. 1988, *Sté des automobiles Citroën*, *Rec.*, p. 64 ; ass., 16 oct. 1970, *Tpg des hauts-de-saine*, *Rec.*, p. 584.

²¹ CE, sect., 22 oct. 1976, n° 90993.

²² CE, 6 févr. 1970, *Préfet de police*, *Rec.*, p. 87.

²³ CE, 17 nov. 1971, *Compagnie d'assurance « la nationale »*, cité par Jean Roche, « Les exceptions à la règle de la décision préalable devant le juge administratif », in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, LGDJ, t. 2, 1974, p. 739.

²⁴ CE, 19 juin 1981, *M. Royer*, req. n° 14243, *Droit administratif*, 1981. 236

²⁵ CE, sect., 13 nov. 1981, *Rec.*, p. 413.

²⁶ CE, sect., 6 déc. 2013, n° 3440062.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Voir en ce sens, CE, 8 juil. 1998, *Département de l'Isère*, n° 132302, *Rec.*, p. 308, *AJDA*, 1998, p. 797, chron. Fombeur P. et Raynaud F ; CE, sect., 19 déc. 1984, *Boehrer*, *Rec.*, p. 433 ; CE, 12 janv. 2011, *Kejjou*, *AJDA*, 2011, p. 1573, note J. Berthoud.

B. Un renforcement des conditions d'accès au juge lié à la consécration de la décision préalable en matière de travaux publics

D'après l'alinéa 1^{er} de l'article 10 du décret du 2 novembre 2016 réformant le Code de justice administrative, l'expression « sauf en matière de travaux publics » de l'article R. 421-1 dudit Code est désormais supprimée. En d'autres termes, et selon l'article R. 421-1 nouveau du Code de justice administrative, dorénavant, la juridiction administrative « 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 modification conduit à un élargissement des exigences pré-contentieuses alors que jusqu'ici la possibilité de saisir directement le juge administratif a été fortement ancrée dans la tradition juridique française. En France, en effet, à l'opposé de la procédure civile où « la conciliation était, à l'origine, un préalable obligatoire », la décision préalable en matière administrative « a souffert d'une certaine aversion de la part de la doctrine administrative relayée par le législateur et le Conseil d'État qui y voyaient une possibilité de retour à l'administration qui juge »²⁹. C'est ainsi que la consécration, jadis, de l'exclusion de la décision préalable en matière de travaux publics avait été discutée. À cet effet, M. Franck Moderne avait estimé que c'est parce qu'il est impossible de demander une décision administrative à une personne privée que les entrepreneurs pouvaient être attirés en justice pour les dommages qu'ils ont causés et ceci sans décision préalable³⁰. M. Jean Roche soulignait, pour sa part, que le législateur avait voulu renforcer la protection des droits des requérants, notamment dans une « matière aussi complexe que celle des travaux publics », raison pour laquelle, en « écartant cette règle il [avait] supprimé tout délai de recours autre que celui relatif à la prescription quadriennale »³¹. Cette dernière position était bien compréhensible puisqu'on sait que la dispense de la décision préalable restait jusqu'ici valable même lorsqu'intervenait une décision expresse tenant lieu de décision préalable. De ce point de vue, l'exigence désormais consacrée de la règle de la décision préalable en matière de travaux publics est à certains égards extraordinaire. Elle tend à réduire la souplesse jusque-là observée dans le cadre des formalités précontentieuses et favorable aux justiciables. En effet, la règle de la décision préalable peut avoir comme conséquence l'allongement du procès, un retardement de l'enclenchement du procès devant le juge, et des complications procédurales pour les justiciables. Sa consécration en matière de travaux publics restreint dans une certaine mesure les évolutions jusque-là enregistrées en contentieux administratif notamment en matière d'accès au juge. Initialement mis en place pour encadrer l'administration, le droit administratif français a évolué ces dernières années pour devenir un droit de protection des citoyens. Il est devenu, tant au regard des règles de fond que de forme, un droit protecteur des administrés³². La règle de la décision préalable jusque-là assouplie a donc été renforcée. Cette tendance à la restriction est également observable en matière de sanction du non-respect de cette même règle.

II Des conditions d'accès au juge resserrées par la diversification des cas de recours prématurés

Il convient de préciser que l'inobservation de la règle de la décision préalable est sanctionnée par l'irrecevabilité du recours contentieux en raison de son caractère prématuré (A). Cette

²⁹ R. DUHAN, N. MAHE, « La phase pré-contentieuse en procédure civile et administrative », in C. Vallar et autres (dir), *Procès administratif et procès civil : convergences et divergences*, PUAM, 2014, p. 36.

³⁰ F. MODERNE, note sous CE, 11 oct. 1968, *Allard, AJDA*, 1969, p. 212.

³¹ J. ROCHE, « Les exceptions à la règle de la décision préalable devant le juge administratif », *op. cit.*, p. 738.

³² J.-M. PONTIER, « Le droit administratif français », in C.-A. Dubreuil (dir), *L'évolution du droit administratif en France et en Russie*, Paris, PUF, coll. «Thémis/Essais », 2016, p. 17 et s.

sanction a connu, jusqu'à l'avènement du décret du 2 novembre 2016, un nombre considérable d'assouplissements adoptés par la jurisprudence. Ce sont ces assouplissements qui ont été corrigés (B).

A. L'irrecevabilité des recours prématurés comme sanction du non-respect de la décision préalable

Le caractère précoce du recours contentieux apparaît lorsque l'action est exercée sans décision préalable. Une telle action n'est pas recevable³³. C'est en ce sens que dans l'affaire *Ministre des armées c/ Sieur Amalric*³⁴, le juge affirme que la saisine du tribunal administratif de Toulouse et à laquelle ladite juridiction avait fait droit était dirigée contre des correspondances adressées au requérant par le ministre et visant à l'informer qu'il n'entendait pas tenir compte des services effectués par le requérant au cours d'une certaine période dans le cadre du calcul de ses droits à pension. Le Conseil d'État infirma le jugement rendu en raison de l'absence d'une décision. En effet, les correspondances adressées au requérant, étant donné qu'elles « se bornaient à indiquer les bases sur lesquelles le ministre des armées se proposait de faire procéder à la liquidation de la pension de l'intéressé, ne faisaient pas obstacle à ce que la liquidation fut opérée sur d'autres bases ». De ce fait, « c'était seulement à l'occasion de cette liquidation que le [requérant] était recevable à faire valoir les droits qu'il estimait tenir [...] du code des pensions civiles et militaires ». C'est en des termes presque similaires que le Conseil d'État s'était également prononcé à l'occasion de l'affaire *Dame Mantovini*³⁵. En effet, la requérante critiquait une décision prise le 26 février 1953 relative à sa mise à la retraite et ouvrant ses droits à pension. Selon elle, cet acte méconnaissait son droit à la pension d'ancienneté. Pour conclure à l'irrecevabilité d'un tel recours en raison de son caractère prématuré, le juge administratif releva que « ledit arrêté, en indiquant les bases sur lesquelles le ministre [se proposait] de faire procéder à la liquidation de la pension » n'excluait pas la possibilité d'une liquidation desdits droits sur des bases différentes. Qu'ainsi, c'était uniquement « à l'occasion de cette liquidation » qu'elle « serait recevable à faire valoir les droits qu'elle estimait tenir » des dispositions invoquées à l'appui de son recours. La jurisprudence est constante en la matière³⁶.

Autrement dit, le caractère prématuré du recours contentieux est lié à ce que la décision contre laquelle ce recours est introduit n'existe pas encore, seule la décision finale peut être attaquée. Le juge considère que seule la décision finale fait grief. C'est la même chose avec les mesures préparatoires qui ne peuvent pas directement être contestées devant le juge³⁷.

Ainsi, une décision préalable, destinée à lier le contentieux, doit être en adéquation avec les allégations ou les réclamations des requérants. Le Conseil d'État a d'ailleurs apporté des précisions à ce sujet. Il a affirmé, à cet égard, que le caractère prématuré d'un recours n'est pas admis au motif que l'acte contesté n'est pas encore entré en vigueur ou même dans le cas où cette entrée en vigueur est fixée à une date ultérieure, notamment à la suite d'un acte

³³ CE, 5 mars 2010, *Pascal X.*, n° 335764, cité par J.-C. Ricci, *Contentieux administratif, op. cit.*, n° 126, p. 83.

³⁴ CE, 21 janv. 1970, n° 76924, *Rec.*, p. 35.

³⁵ CE, 5 déc. 1956, *Montovini, Rec.*, p. 460.

³⁶ CE, 11 mai 1937, *Delos, Rec.*, p. 493 ; Il faut préciser que dans ces affaires, les actions introduites portaient sur le calcul des droits à pension alors que les décisions relatives à ces pensions et à leur calcul n'étaient pas encore édictées. Ainsi, pourrait-on admettre que des actes pris par les autorités concernées existaient mais ils n'avaient aucun rapport avec l'objet du litige. Cet objet étant les pensions fixées ainsi que tout ce qui a conduit à leur calcul. C'est pour cette raison que, le Conseil d'État, dans l'affaire *Touchard*, relève que le requérant « conteste, à l'occasion de l'attribution des avances sur pension qui lui ont été accordées, les bases de la liquidation future de sa pension ; qu'il ne sera recevable à contester lesdites bases qu'à l'occasion d'un recours formé contre la décision lui concédant sa pension ; qu'ainsi, sa requête est prématurée et, par suite, irrecevable ». CE, 4 juin 1969, *Touchard, Rec.*, p. 283.

³⁷ CE, ass, 15 avr. 1996, *Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarieux*, n° 120273, *RFDA* 1996, p. 610.

relatif à son application. En d'autres mots, dès lors que l'acte en cause concerne les revendications même des requérants, le recours contentieux n'est en aucun cas précoce même si l'entrée en vigueur de l'acte est soumise à certaines conditions³⁸. L'irrecevabilité ainsi consacrée connaît cependant des assouplissements. Ce sont ces assouplissements qui ont été réduites par le décret du 2 novembre 2016. Une telle réduction tend également à resserrer les conditions d'accès au juge.

B. Un renforcement des conditions d'accès au juge lié à la diversification des cas de recours prématurés

De nombreux assouplissements étaient observables en ce qui concerne l'irrecevabilité des recours prématurés avant l'intervention du décret du 2 novembre 2016. Ces assouplissements ont jusqu'ici contribué à alléger les conditions d'accès au juge. La réforme a toutefois apporté des limitations à cet allègement. La flexibilité de la sanction concernait trois cas : l'assouplissement au regard de la régularisation de l'absence de décision préalable en cas d'acquiescement³⁹, d'abord, ensuite, l'assouplissement par la régularisation de l'absence de décision préalable en cas de défense au fond⁴⁰, et, enfin, celle relative à la modification du rang de la décision préalable dans le schéma du recours contentieux. C'est ce dernier cas qui a été supprimé.

En effet, avant l'intervention de l'article R. 421 (nouveau) du Code de justice administrative, cet assouplissement pouvait aussi se traduire par la modification du rang de la décision préalable dans le schéma classique du recours contentieux. Autrement dit, par le fait du justiciable. Dans ce cas, contrairement aux assouplissements tirés de l'attitude de l'administration, la modification du régime de la décision préalable par le juge dans le but d'accueillir le recours, normalement prématuré, était marquée par la présence d'une décision préalable intervenue après l'introduction du recours contentieux. Il y avait donc une décision préalable mais dont la naissance n'est pas antérieure au recours contentieux comme cela

³⁸ CE, sect., 30 juin 1967, *Caisse de compensation de l'organisation autonome nationale de l'industrie et du commerce et autres*, *Rec.*, p. 286.

³⁹Dans l'affaire *Association Club athlétique Mantes-la-Ville c/Fédération française de Hand-Ball*, le Conseil d'État précise que l'absence de demande préalable adressée à la Fédération est synonyme d'un défaut de « décision susceptible de lier le contentieux ; que, dès lors, ces conclusions sont manifestement irrecevables ». Toutefois, le Conseil d'État précise que l'« irrecevabilité n'est pas susceptible d'être couverte en cours d'instance, dès lors qu'elle est expressément opposée [...] » (CE, 13 juin, 1984, *Rec.*, p. 218). De ce point de vue, si l'administration s'abstient de soulever l'inexistence de la décision préalable, le juge administratif n'est pas tenu de l'invoquer d'office. Il en est ainsi dans le cas où l'administration consent aux prétentions de l'administré. En effet, l'acquiescement, c'est-à-dire lorsque « l'administration admet pour exacts les éléments de fait fournis par le requérant », « couvre le défaut de décision préalable, celle-ci étant contenue, de fait, dans l'acquiescement » (J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 148, p. 79).

⁴⁰ Cette possibilité est admise lorsque le justiciable affirme prendre acte de la position qu'adoptera la juridiction. Selon le Conseil d'État, lorsque l'administration s'en tient simplement à la sagesse du juge, à propos de la décision préalable, « cette seule défense [vaut] prise de position négative sur le bien-fondé de la prétention adverse et [entraîne] la liaison du contentieux dans le cas où le recours n'est dirigé contre aucun acte administratif ». Cette attitude de l'administration « constitue une contradiction simple, non argumentée, des prétentions du requérant » (A. CIAUDO, « S'en remettre à la sagesse du juge administratif », *Jcpa*, 7 avr. 2008, p. 21-27). Par ailleurs, il incombe à l'administration, en cas de recours contentieux dépourvu d'une décision préalable, de soulever l'irrecevabilité d'un tel recours. L'administration doit donc conclure à l'irrecevabilité des recours contentieux qui ne portent pas sur une décision préalable. Dans le cas où l'administration n'évoque pas le défaut de décision préalable et présente des observations au fond, donc sans opposer la fin de non-recevoir tirée de ce défaut de décision préalable, le recours contentieux exercé dans ces conditions n'est pas irrecevable. Le Conseil d'État admet dans ce cas que l'administration a excipé le contentieux et qu'elle est liée par sa défense au fond (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).

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. Cette solution montrait bien la volonté du juge administratif de ne pas restreindre l'accès au prétoire. Ainsi, dans la décision *Marcel*⁴¹, le Conseil d'État avait réitéré sa position adoptée dans l'arrêt *Établissement français du sang*⁴². Dans ces deux affaires, le juge administratif avait affirmé, à propos d'un requérant qui en prélude à son recours contentieux ne justifiait pas d'une décision préalable, 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 »⁴³.

Le Conseil d'État donnait donc la possibilité aux justiciables de solliciter la décision préalable alors que l'affaire est en cours d'instruction. Autrement dit, l'accès au juge a pendant longtemps été favorisé à travers la « régularisation du recours par l'intervention tardive d'une décision préalable »⁴⁴, en raison d'un manque d'opposition de la fin de non-recevoir, et la « régularisation du recours par le rejet des conclusions au fond »⁴⁵. Comme l'a souligné M. Jean-François Roulot, cette « régularisation des recours qui auraient été jugés irrecevables du fait de l'absence de décision préalable au moment de l'introduction de l'instance devient recevable »⁴⁶. Ainsi, il y a eu jusqu'ici un « souci de pragmatisme » de la part du juge administratif, une volonté de ne pas « condamner trop sévèrement le requérant par excès de formalisme »⁴⁷. C'est donc cette flexibilité que le décret du 2 novembre 2016 a limité en excluant désormais la régularisation en matière de contentieux indemnitaire. Désormais, « 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 ». En dépit de cette restriction apportée à l'accès au juge, la règle de la décision préalable a l'avantage de marquer l'acceptation de l'instance par l'administration ainsi que de présenter un « préliminaire de conciliation »⁴⁸. Par ailleurs, elle permet, non seulement, de circonscrire le cadre de l'instance mais aussi de « lier le contentieux »⁴⁹. C'est, sans doute, cette idée qui a guidé la réforme, c'est-à-dire la prise en compte de la raison d'être de la décision préalable.

Conclusion

Le nouveau régime juridique de la règle de la décision préalable en contentieux administratif français, comparativement à son organisation antérieure au décret du 2 novembre 2016, est

⁴¹ CE, 3 mai 2010, *Marcel c/ Préfet de la Mayenne*, n° 317558.

⁴² CE, 11 avr. 2008, *Établissement français du sang c/ Monique*, n° 281374.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ J-F. ROULOT, « La règle de la décision préalable Les possibilités de régularisation », *Droit administratif*, mai 1999, p. 7.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 9.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ D. 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.

⁴⁸ Plus amplement, voir, B. DEFOORT, *La décision administrative*, *op. cit.*, n° 514 et suivants.

⁴⁹ B. ASSO, F. MONERA, *Contentieux administratif*, Studyrama, coll. « Panorama du droit », 2006, p. 219.

marqué par deux changements à savoir la consécration de la décision préalable en matière de travaux publics, d'une part, et, d'autre part, l'obligation, contrairement à la pratique jurisprudentielle jusqu'ici en vigueur, de justifier d'une décision préalable pour tout recours contentieux lorsque l'action tend au paiement d'une somme d'argent. En dehors de ces deux constrictions, cette formalité reste assortie des limites tant du point de vue de son domaine d'application que de la sanction relative à son inobservation. De ce point de vue, la réforme du 2 novembre 2016 n'a pas fondamentalement remis en cause la souplesse qui caractérise les conditions d'accès au juge selon la tradition de la justice administrative française. Ce renforcement des conditions d'accès au juge, est sans aucun doute lié au rôle de la décision préalable à savoir la liaison du contentieux.