

UNIVERSITE DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR
FACULTE DE DROIT, D'ECONOMIE ET DE GESTION

LE RECOURS ADMINISTRATIF PREALABLE
OBLIGATOIRE

MEMOIRE POUR LE MASTER 2 DROIT PUBLIC GENERAL PRESENTE PAR

Aurélie GARCIA

SOUS LA DIRECTION DE

M. Jean GOURDOU

Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Pau - juin 2007

Je tiens à remercier l'équipe pédagogique qui compose ce master recherche et tout particulièrement le Professeur Jean GOURDOU qui a eu l'amabilité de se rendre disponible afin de me conseiller tout au long de l'élaboration de ce mémoire.

L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Celles-ci doivent être considérées comme propre à leur auteur.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES

A.J.D.A.	<i>Actualité juridique de droit administratif</i>
B.J.C.L.	<i>Bulletin juridique des collectivités locales</i>
C.A.A.	<i>Cour administrative d'appel</i>
C.E.	<i>Conseil d'Etat</i>
C.E.D.H.	<i>Cour européenne des droits de l'homme</i>
C.J.C.E.	<i>Cour de justice des communautés européennes</i>
C.J.E.G.	<i>Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz</i>
Concl.	<i>Conclusions</i>
Cons.Constit.	<i>Conseil Constitutionnel</i>
D.	<i>Dalloz</i>
D.A.	<i>Droit administratif</i>
E.D.C.E.	<i>Etudes et documents du Conseil d'état</i>
Gaz. Pal.	<i>Gazette du Palais</i>
J.C.J.A.	<i>Juris-Classeur Justice administrative</i>
J.C.P.	<i>La semaine juridique</i>
L.P.A.	<i>Les petites affiches</i>
Obs.	<i>Observations</i>
R.D.C.A	<i>Répertoire Dalloz Contentieux administratif</i>
R.D.P	<i>Revue de droit public et de sciences politiques</i>
R.D.S.S.	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
R.F.D.A.	<i>Revue française de droit administratif</i>
R.F.D.C.	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
Rec.	<i>Recueil des décisions du Conseil d'Etat</i>
Rev. Adm.	<i>Revue administrative</i>
T.A.	<i>Tribunal administratif</i>

SOMMAIRE

PARTIE 1 : UN MECANISME DESORMAIS BANALISE

Chapitre 1 : Un contexte à priori hostile à l'émancipation du mécanisme

Section 1 : L'hostilité affirmée de la doctrine administrative

Section 2 : Des réticences infondées

Chapitre 2 : Un développement en pratique engagé du procédé

Section 1 : La recherche d'indispensables alternatives au règlement juridictionnel des litiges

Section 2 : L'amorce progressive d'une revalorisation du mécanisme

Partie 2 : UN REGIME JURIDIQUE AUJOURD'HUI CLARIFIE

Chapitre 1 : Une clarification du fonctionnement du recours administratif obligatoire

Section 1 : L'introduction du recours par l'administré

Section 2 : La prise de position de l'administration

Chapitre 2 : Une clarification des relations entre recours administratif et juridictionnel

Section 1 : Les modalités d'articulation des délais de recours

Section 2 : Les modalités d'intervention du juge

Partie 3 : UNE ORGANISATION ENCORE PERFECTIBLE

Chapitre 1 : Des incertitudes déplorables quant à la détermination du champ d'application de l'obligation

Section 1 : Les flous entourant la reconnaissance du caractère obligatoire du recours

Section 2 : Les hésitations relatives à la détermination des personnes concernées par l'obligation de recours

Chapitre 2 : Des insuffisances procédurales persistantes

Section 1 : La survivance d'atteintes injustifiables aux garanties fondamentales des administrés

Section 2 : La méconnaissance regrettable du principe de l'examen effectif des recours par l'administration

INTRODUCTION GENERALE

« Le déport du contentieux administratif du juge vers l'administration elle-même ne se conçoit que si le second est aussi efficace, aussi sûr, et aussi accessible que le premier »¹.

Telles ne sont assurément pas les qualités, en l'état actuel, du droit qui peuvent être attribuées aux recours administratifs préalables obligatoires.

Notion ambiguë, née essentiellement de la pratique administrative, le concept de recours administratif n'a jamais fait l'objet de définition textuelle. Seule une étude de la jurisprudence qui les a peu à peu forgé, permet d'en préciser les contours.

Didier Truchet les a définis comme des « réclamations adressées à une autorité administrative, en vue de régler un différend né d'une décision juridique émanant de cette autorité ou d'une autre autorité administrative »².

Un recours administratif suppose par conséquent l'existence d'un véritable litige, d'une réelle contestation, qui va se matérialiser par une requête adressée nécessairement à une autorité administrative et qui a vocation à obtenir de cette dernière qu'elle modifie, réforme, une position, une décision.

¹ Y. GAUDEMET, Préface in E. PREVEDOUROU, « *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droit allemand et français* », L.G.D.J, 1996.

² D.TRUCHET, « Recours administratif », R.D.C.A, n°16.

Si l'on retrouve une certaine unité dans la définition générale des recours administratifs, il n'en va pas de même concernant ses modalités d'exercice qui sont caractérisées par une grande diversité. Cette variété illustre d'ailleurs leur généralité en droit français. Un classement des différents recours administratifs peut être opéré sur le fondement principalement de deux éléments. Une première typologie peut être effectuée en fonction de la qualité de l'autorité administrative à qui est adressée la réclamation. Le recours sera qualifié de gracieux s'il est adressé directement à l'auteur de l'acte contesté, de hiérarchique s'il est porté à la connaissance du supérieur hiérarchique de l'agent dont émane la décision incriminée. Une deuxième typologie repose sur l'existence ou non d'un texte prévoyant et le cas échéant organisant ce type de recours. Certaines réclamations sont ouvertes de plein droit, en dehors de toute disposition textuelle devant l'autorité titulaire du pouvoir d'annuler ou de réformer l'acte litigieux. On parle alors de recours administratif de droit commun. D'autres sont expressément prévus par des textes, on parle dans ce cas de recours administratif spécial.

L'origine historique des recours administratifs est indissociable, nous le verrons, de celle du recours juridictionnel. Issu initialement du recours administratif, le recours pour excès de pouvoir s'en est progressivement détaché pour acquérir peu à peu son autonomie et devenir « un instrument fondamental de soumission de l'administration au droit »³. D'une confusion des fonctions administratives et juridictionnelles illustrée par la théorie du ministre juge, on est passé à un cloisonnement restrictif des tâches administratives et juridictionnelles.

Le procédé des recours administratifs a néanmoins survécu à ce bouleversement. Il a en revanche changé de nature et de fondement. Finalement fondés sur l'idée que doit rester un droit essentiel pour l'administré le fait de voir s'il le souhaite sa demande faire l'objet d'un réexamen par l'administration, ces recours avaient vocation à conserver un caractère purement facultatif⁴. Mais la pratique qui en a été faite a cependant bouleversé cette perspective.

Faisant l'objet tout au long du XX^{ème} siècle, pour des raisons essentiellement politiques et conjoncturelles, d'un regain d'intérêt, un mouvement de transformation de cette faculté en obligation s'est nettement imposé, contrariant ainsi la conception initiale de ce mécanisme. Cet « éclatement de la notion des recours administratifs »⁵ a parfaitement été résumé par Jean François Brisson qui a considéré que « l'une des évolutions les plus remarquables du droit du contentieux administratif contemporain consiste dans la

³ P. GONOD, « Le règlement non contentieux des litiges ; les recours administratifs », Cahiers de la fonction publique, avril 2005, p.4.

⁴ C.E., 15 février 1935, Bladanet, Rec. p. 202.

⁵ J.F. BRISSON, « *Les recours administratifs en droit public français* », L.G.D.J., 1996, p. 143.

prolifération désordonnée de textes spéciaux organisant dans les domaines les plus divers des recours administratifs obligatoires »⁶.

Ces réclamations obligatoires précèdent alors nécessairement le recours juridictionnel, elles en constituent une condition de recevabilité et sont soumises, à la différence des recours administratifs facultatifs, à un encadrement plus ou moins strict.

Ainsi, l'expansion des recours administratifs préalables obligatoires ainsi que leur caractère largement hétérogène est le fruit de la diversité des fonctions que les pouvoirs publics ont entendu leur faire jouer au fil des ans.

Dans un premier temps, l'essor des recours administratifs préalables obligatoires a été impulsé par la recherche d'une plus grande efficacité du contrôle des autorités étatiques à l'encontre des autorités disposant d'un pouvoir décisionnel autonome.

Par la suite et de manière plus significative encore, les recours administratifs préalables obligatoires ont rapidement été conçus comme un moyen de renforcer l'efficacité de la justice administrative. Face à un contexte de juridicisation croissante de la société française induisant une inflation du contentieux administratif nuisible sur le long terme à la qualité de la justice, des solutions devaient être trouvées pour enrayer ce mouvement et accélérer la fréquence des jugements. Dans les années cinquante, une succession de réformes, internes aux juridictions ont été mises en œuvre pour lutter contre l'encombrement des prétoires. Un nouvel échelon de juridiction a été créé en 1987⁷, le nombre des juridictions inférieures s'est multiplié, les effectifs dans les juridictions ont été augmentés, le recours au juge unique est devenu plus fréquent. Mais ces changements n'ont pas produit les effets escomptés. De nouvelles solutions ont par la suite été recherchées, en dehors du juge. Ce mouvement a abouti au développement de nouvelles procédures que les professionnels du droit ont pris l'habitude d'appeler les modes alternatifs de résolution des litiges, catégorie dont les recours administratifs préalables obligatoires font parti.

Parallèlement à ce phénomène, ce mécanisme s'est accidentellement inscrit dans un autre mouvement, caractéristique de l'évolution du droit administratif contemporain, celui de la modernisation de l'administration, devenue trop rigide et dirigiste. La volonté de démocratiser cette dernière, le désir d'améliorer les rapports, les relations qu'elle entretient avec les particuliers a guidé l'édiction d'un certain nombre de textes s'inscrivant dans cette direction. Les recours administratifs préalables obligatoires, qui favorisent le dialogue entre services administratifs et administrés, s'insèrent parfaitement dans cette perspective.

⁶ *Ibid.*

⁷ Loi n°87-1127 du 31 décembre 1987 relative au contentieux administratif.

Toutes ces préoccupations ont encouragé l'émergence des recours administratifs préalables obligatoires et expliquent le fait que ce mécanisme soit aujourd'hui largement répandu dans l'ordre juridique français.

D'ailleurs, cette technique, et le destin qui lui a été réservé, ne constituent en aucun cas une originalité du système français. On retrouve un tel procédé dans bon nombre de pays européens ainsi que dans divers systèmes juridiques. L'exemple du droit allemand en est l'illustration la plus significative. Les recours administratifs préalables obligatoires y sont amplement développés et pleinement assimilés⁸. De même, tant le droit italien que la législation espagnole consacrent également ce type de recours. Le législateur italien a organisé trois types de procédures en la matière : l'opposition, le recours hiérarchique, et le recours extraordinaire au chef de l'Etat. A l'instar du droit français, la législation espagnole a fait de ce type de réclamation une véritable voie de recours que les particuliers doivent dans la majorité des hypothèses épuiser avant de pouvoir saisir le juge d'un recours juridictionnel⁹.

De la même manière, au niveau communautaire, une obligation similaire a été instituée concernant les agents de la fonction publique communautaire qui doivent nécessairement saisir, en cas de conflit, l'autorité investie du pouvoir de nomination d'une réclamation préalable. Ce recours constitue, comme en droit français, une condition de recevabilité du recours juridictionnel¹⁰. Le mécanisme des recours administratifs préalables obligatoires a en outre la faveur du droit européen, qui, favorable à l'émergence des modes alternatifs de résolution des litiges, encourage vivement l'émancipation.

L'exercice d'un recours administratif préalable lorsqu'il est obligatoire, constituant une condition de recevabilité du recours juridictionnel contre l'acte litigieux, la question de la conformité de ce procédé aux règles supra législatives et notamment au droit au juge a souvent été soulevée. Sollicitées pour apprécier en ce sens la légalité d'un tel procédé, les diverses juridictions en ont validé l'existence. Par une décision du 10 mars 1988¹¹, le Conseil Constitutionnel a jugé que l'institution de procédures administratives précontentieuses ne remettait pas en cause l'exercice par les administrés de leur droit d'agir en justice contre les décisions leur faisant grief. Relayant la position du Conseil Constitutionnel, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que le recours administratif préalable obligatoire ne pouvait être regardé comme méconnaissant le droit à un Tribunal garanti par

⁸ E. PREVEDOUROU, « *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droit allemand et français* », L.G.D.J., 1996.

⁹ Voir sur ce point J.F. BRISSON, « *Les recours administratifs en droit public français* », L.G.D.J., 1996, p. 107.

¹⁰ C.J.C.E., 14 mars 1989, Del Amo Martinez /c Parlement, n° 133/88.

¹¹ Cons. Constit., déc. n° 88-154 L, du 10 mars 1988.

l'article 6-1 de la Convention, que dans l'hypothèse où la décision prise sur recours ne pouvait pas faire l'objet d'un recours juridictionnel¹². Le Conseil d'Etat s'est rallié à cette position par un arrêt du 3 mars 2002¹³.

Ainsi, aucun élément ne pouvait a priori faire obstacle à l'émancipation des recours administratifs préalables obligatoires. Mais si le développement de ces recours ne peut, à l'heure actuelle, être contesté, il n'en a pas moins été marqué par de grandes difficultés. Contradiction, ambiguïté, incohérence, insuffisance ont pendant longtemps, et continuent encore de caractériser l'évolution du procédé dans l'ordre juridique français ; contradiction dans l'approche générale, théorique et pratique, de la technique d'une part, incohérence dans les modalités d'institution de ces recours d'autre part, insuffisances dans le régime qui lui est attaché enfin.

C'est pour cette raison que l'opportunité d'un développement accru de ce mécanisme a été largement discutée ces dernières années par la doctrine administrative. Certains auteurs ont trouvé plus judicieux de favoriser la pratique des recours administratifs facultatifs tout en maintenant un caractère exceptionnel aux recours obligatoires¹⁴. D'autres, vantant les mérites et les avantages de cette technique se sont montrés largement favorables à une généralisation de ce type de recours¹⁵.

Pour trancher ce débat, une série de questions, auxquelles il convient d'apporter des réponses claires, et c'est l'objet de cette étude, doivent être posées.

Doit-on et peut-on envisager en l'état actuel du droit une généralisation des recours administratifs préalables obligatoires ? Une telle solution est-elle souhaitable ? Doit-on à contrario exclure ce type de phénomène ? La mise en œuvre d'un tel mouvement, à défaut de devoir être rejetée, n'est-elle pas simplement prématurée ?

L'on ne peut répondre à ces différentes interrogations sans se livrer préalablement à une analyse approfondie, de l'évolution tant théorique que pratique des recours administratifs obligatoires d'une part, de leur organisation actuelle d'autre part.

¹² C.E.D.H., 30 septembre 2004, *Pramov contre Bulgarie*, requérant. n°42986/98.

¹³ C.E., 3 mars 2002, *Clinique médicale de pneumologie Sainte Anne*, Rec. p. 166. Il y considère, à l'image du juge européen que dès lors que le justiciable peut contester devant la juridiction administrative la décision prise sur recours, le caractère obligatoire du recours administratif ne peut être regardé comme méconnaissant les dispositions de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁴ J.F. BRISSON, « Régler autrement les litiges : les recours gracieux et hiérarchiques, voie alternative de protection des administrés ? », *R.D.P.*, 1996, p. 793 ; G. PELLISSIER, « Pour une revalorisation de la spécificité des recours administratifs », *R.F.D.A.*, 1998, p. 317.

¹⁵ Voir notamment, J-C BONICHOT, « Le recours administratif préalable obligatoire : dinosaure juridique ou panacée administrative ? », in *Mélanges Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 81.

Pour ce faire, nous nous attacherons dans un premier temps à mettre en avant les raisons qui ont conduit en pratique à une banalisation de cette technique (Partie 1). Il est en effet intéressant de noter que l'émancipation de ce mécanisme reposait initialement sur un paradoxe, une contradiction entre hostilité en théorie et développement en pratique. Nous verrons dans un second temps que la banalisation de ce type de recours a offert aux autorités publiques l'occasion d'en préciser certains aspects juridiques jusque là largement défailants. On ne peut que se réjouir que ces derniers aient alors saisi valablement cette opportunité. Le régime juridique des recours administratifs préalables obligatoires a été progressivement clarifié (Partie 2). Nous démontrerons enfin, qu'en dépit de cet élan de modernisation, l'organisation de ces recours, du fait du maintien d'insuffisances trop importantes pour être tolérées, reste à cet égard largement perfectible (Partie 3).

PARTIE 1

UN MECANISME DESORMAIS BANALISE

L'intégration du mécanisme particulier que constitue le recours administratif préalable obligatoire dans l'ordre juridique français ne s'est pas effectuée sans quelques difficultés. Son évolution fut indubitablement marquée par une contradiction importante, par un paradoxe manifeste.

En effet, en dépit d'une approche théorique incontestablement négative de cette technique, en conséquence créatrice d'un contexte a priori hostile à son émancipation (chapitre 1), ce procédé n'en a pas moins connu, en pratique, et pour des raisons essentiellement conjoncturelles, un développement conséquent (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : Un contexte a priori hostile à l'émancipation du mécanisme

La technique des recours administratifs préalables obligatoires a fait l'objet, dès sa création, de vives critiques de la part de la grande majorité des acteurs juridiques, lesquels éprouvaient d'importantes difficultés à y voir un véritable moyen de régler les différends existants entre l'administration et les particuliers. Aussi, une méfiance démesurée à l'égard de ce procédé prévalait. Cet état d'esprit a, logiquement, et pendant longtemps, freiné son émancipation (Section 1). Mais cette marginalisation apparaissait d'autant plus regrettable que la méfiance dont cette technique souffrait reposait sur des réticences infondées (Section 2).

Section 1 : La marginalisation initiale des recours administratifs obligatoires

Le début du XX^{ème} siècle fut caractérisé par une grande perplexité à l'égard des recours administratifs préalables obligatoires. Cette aversion, émanant initialement de la doctrine administrative, entendue au sens large (paragraphe 1), a été par la suite confirmée par les principales autorités publiques du pays (paragraphe 2). Les recours administratifs préalables obligatoires souffraient incontestablement d'une mauvaise réputation.

§1 : L'hostilité affirmée de la doctrine administrative

Le mécanisme du recours administratif obligatoire s'est, dès l'origine, heurté « aux aspirations des professionnels du droit pour un système juridictionnel toujours plus technique et toujours plus rationnel »¹⁶. Le système juridictionnel de règlement des litiges, depuis peu solidement ancré dans le système juridique français, bénéficiait de la faveur des acteurs juridiques. Seul le juge devait être investi d'une fonction contentieuse, le transfert le cas échéant de cette dernière à l'administration était alors inconcevable (A). C'est d'ailleurs sur le

¹⁶ J.F. BRISSON, « Régler autrement les litiges : les recours gracieux et hiérarchiques, voie alternative de protection des administrés ? », *R.D.P.*, 1996, p. 793.

fondement de cette croyance que la préférence a alors été accordée aux recours administratifs facultatifs (B). L'administration quant à elle a pendant longtemps négligé ce procédé (C).

A) La négation de la fonction contentieuse de l'administration

L'attachement du droit public français pour un système contentieux au caractère juridictionnel nettement affirmé a fait obstacle pendant un certain temps à l'émancipation d'autres modes de règlements des conflits, parmi lesquels on compte le recours administratif préalable obligatoire.

La compréhension de ce phénomène impose que l'on s'attarde quelque peu sur l'émergence de l'approche contemporaine de ce mécanisme, consécutive à l'abandon de la théorie du ministre juge, la conception classique des recours administratifs en droit français résultant de la consécration de la séparation entre juridictions administratives et administration active. Le Professeur Jean-François Brisson explique parfaitement ce mouvement qu'il résume en indiquant que « notre droit s'est attaché à spécialiser les fonctions de chacun : au juge, le contentieux, à l'administration, l'action. A mesure que le recours juridictionnel se distinguait des recours administratifs, pour devenir une procédure spécifique de traitement des litiges, s'élaborait ainsi une conception non contentieuse des recours administratifs »¹⁷. A donc été opéré un glissement, pour une large part de la doctrine irréversible, de la fonction contentieuse au profit du juge. L'attribution des tâches à ces divers organes était ainsi largement cloisonnée, l'administration agissant, la juridiction arbitrant, jugeant. Le recours au juge apparaissait alors comme l'unique moyen de résoudre les conflits existant entre particuliers et administration active.

Cette approche initialement excessive, refusant quelconque aménagement, aussi justifiée par des raisons historiques qu'elle puisse paraître, n'en est pas moins contestable. Bien au contraire. Et c'est de cette rigidité dont la plupart des juristes ont eu du mal à se départir que provient le scepticisme ambiant de l'époque à l'égard des recours administratifs préalables obligatoires. La fonction contentieuse était de manière trop stricte assimilée à la fonction juridictionnelle.

Il y a contentieux lorsqu'il existe, entre des parties, un désaccord, un différend, un débat qu'il convient de trancher. Le détenteur de la fonction contentieuse a par conséquent pour mission de mettre fin au litige existant. Cette fonction peut être attribuée à divers

¹⁷ J.F. BRISSON, « *Les recours administratifs en droit public français* », L.G.D.J., 1996, p. 45.

organes. Ainsi, rien n'indique qu'elle doive nécessairement constituer l'apanage du juge à la différence de la fonction juridictionnelle, qui comme son nom l'indique ne peut être dévolue qu'à une juridiction valablement constituée et présentant des caractéristiques particulières. Par conséquent et autrement dit, l'approche restrictive de cette fonction contentieuse, alors dominante, aboutissait à occulter le fait que la fonction juridictionnelle ne peut constituer qu'une modalité possible d'exercice de la fonction contentieuse, laquelle peut donc être assurée en préalable, et lorsque cela est opportun, par d'autres types d'instance et notamment par des organes purement administratifs. La fonction contentieuse n'a pas à être obligatoirement juridictionnalisée.

Dans un tel cas de figure, la saisine de l'organe administratif ne constitue alors que la première étape dans le processus de règlement du litige, le contrôle fondamental du juge sur l'action de l'administration reste en tout état de cause par la suite sauvegardé.

Mais telle n'était assurément pas l'approche alors privilégiée par la doctrine, laquelle persistait à concevoir le recours juridictionnel comme le recours contentieux par excellence.

B) La faveur attribuée aux recours facultatifs

Si une certaine hostilité s'est manifestée, comme nous venons de le constater, à l'égard du recours administratif en lui-même, elle a surtout gagné en intensité à l'égard des recours obligatoires dont l'exercice conditionne la recevabilité du recours juridictionnel postérieur. Conférer arbitrairement un caractère obligatoire à certains de ces recours reviendrait à accepter que l'administration soit dotée à l'image du juge d'une véritable fonction contentieuse.

A défaut de pouvoir supprimer dans les faits toute possibilité pour les administrés de pouvoir s'adresser s'ils le souhaitent en préalable à l'administration, la doctrine a donc porté toute son attention sur les recours administratifs de droit commun, par principe facultatifs. Ouverts de plein droit, sans qu'un texte n'ait besoin d'en prévoir l'existence¹⁸, ils offrent aux administrés la possibilité, avant l'introduction d'un recours juridictionnel de contester devant l'administration la décision litigieuse, pour tenter d'en obtenir le cas échéant la réformation à l'amiable. Le recours administratif facultatif, à la différence du recours obligatoire est alors seulement appréhendé comme une phase préparatoire, comme un premier traitement de la réclamation totalement indépendant du traitement purement contentieux de l'affaire, si

¹⁸ C.E., 10 juillet 1964, Centre médico-pédagogique de Beaulieu, Rec., p. 399, concl. Rigaud, *D.*, 1965, p. 328.

possible dissuasif du recours devant le juge, le seul à pouvoir être qualifié de recours contentieux.

Se détachant légèrement de l'approche classique des recours administratifs qui selon une lecture restrictive postulerait l'inexistence totale de ces derniers, un certain nombre d'auteurs ont alors proposé de favoriser les recours administratifs facultatifs gracieux ou hiérarchiques, lesquels devraient être rendus plus attractif par l'institution d'une vraie procédure et le renforcement des garanties des justiciables, plutôt que de consacrer progressivement leur caractère obligatoire. Ainsi, Jean-Marie Auby, dans les années 1950, après avoir rappelé l'intérêt qu'il y aurait à développer l'organisation juridique de ce type de recours, a déploré que « la théorie des recours administratifs ne (soit) pas une des plus satisfaisantes du droit public français »¹⁹. De la même manière et de façon encore plus frappante, Raymond Guillien avait mis en avant, à la même époque, la nécessité de reconsidérer les rapports entre l'administration et les administrés. Il avait déclaré que « du moment où il y a désaccord », peu importe que « la question de droit relative à la validité d'un acte administratif ou à la légalité d'un fait administratif soit résolue par une juridiction constituée, formelle ou l'administration elle-même » pour conclure que « le procès commence devant l'administration »²⁰.

Comme le démontre ces propos, une faible part de la doctrine a préféré adopter une position plus nuancée, à mi chemin entre l'extrême rigidité de l'approche strictement non contentieuse des recours administratifs et l'engagement prématuré d'une généralisation progressive des recours administratifs préalables obligatoires en proposant simplement une revalorisation, une revitalisation des recours facultatifs qui seraient rendus plus effectifs par une reconsidération profonde de leur régime juridique.

Cette vision, moins catégorique des recours administratifs est néanmoins restée sans influence, l'administration continuant à négliger ce procédé.

C) Une technique négligée par l'administration

Au-delà de la vision non contentieuse des recours administratifs qui a fait encore une fois inévitablement obstacle au développement de ce mécanisme, et qui a imprégné autant l'administration que la doctrine, l'émancipation de cette technique s'est également et

¹⁹ J.-M. AUBY, « Les recours administratifs », *A.J.D.A.*, 1955, p. 117.

²⁰ R. GUILLIEN, « Essai sur une réforme générale du contentieux administratif », *D.*, 1955, p. 97.

parallèlement heurtée à des obstacles davantage pratiques, lesquels ont été à plusieurs reprises dénoncés par l'ensemble des services administratifs français.

En premier lieu, et comme l'a démontré Jean-Louis Gousseau²¹, certaines matières se prêtent difficilement à un règlement administratif des litiges. Dans ce type de domaines, les réticences de l'administration en étaient d'autant plus importantes. C'est le cas d'une part lorsque celle-ci intervient, par le biais de prescriptions impératives, dans le but notamment de sauvegarder l'ordre public. C'est le cas d'autre part lorsque la résolution du litige considéré est subordonnée à l'interprétation des textes alors applicables et qu'il n'existe sur un point déterminé aucun précédent jurisprudentiel de nature à orienter le comportement de l'administration face à la question qui lui est soumise.

En deuxième lieu, la conception bureaucratique, absolutiste, dirigiste de l'administration telle que dominante dans la première moitié du XX^{ème} siècle faisait également obstacle à la consécration de toute possibilité de discussion ou de contestation par les administrés des choix que celle-ci opérait.

En troisième lieu, et plus spécifiquement, traiter de manière adéquate un recours administratif induisait que l'autorité saisie de la demande porte un jugement sur la première appréciation effectuée. Or, et ce dans le cadre d'un recours gracieux comme dans celui d'un recours hiérarchique, les administrateurs actifs ont manifesté une grande hostilité à l'idée de devoir remettre en cause leurs propres décisions ou celles des agents dont ils sont les supérieurs hiérarchiques, autrement dit de reconnaître le cas échéant leurs torts ou ceux de leurs subordonnés.

En quatrième lieu, le traitement effectif des recours administratifs préalables impliquait que les administrations publiques consacrent à l'exercice de cette fonction davantage de moyens humains et matériels. Cela supposait par conséquent que soit engagée une réorganisation des services administratifs en ce sens (restructuration des services contentieux, augmentation des effectifs et recrutement d'un personnel doté de compétences juridiques notamment).

Ces diverses observations cumulées avec le rejet traditionnel de l'approche contentieuse des recours administratifs a abouti dans les faits à un désintéressement important des divers services administratifs à l'égard de ce mode de traitement des litiges. Au mieux les recours intentés faisaient l'objet d'un examen superficiel, au pire ils étaient purement et simplement ignorés.

²¹J-L. GOUSSEAU, « Administrés et procédés facultatifs de règlement non juridictionnel des litiges administratifs », *L.P.A.*, 19-21 octobre 1987, p. 9.

L'ensemble de ces éléments explique que cette technique ait été largement délaissée par l'administration.

Nous l'avons vu, la doctrine administrative, entendue au sens large, s'est montrée indubitablement perplexe, hostile à tout mouvement d'émancipation du mécanisme des recours administratifs et surtout des recours administratifs préalables obligatoires. Une attitude similaire a été adoptée par les autres autorités publiques du pays, notamment le législateur et les juridictions administratives, organes pourtant seuls susceptibles de contraindre l'administration à revoir en la matière sa position. Cette attitude n'a fait que conforter cette dernière dans sa position.

§2 : Une hostilité cautionnée par les autorités publiques

Tant le législateur (A) que le Conseil d'Etat (B), à l'instar de la doctrine et de l'administration elle-même, se sont, en matière de recours administratifs préalables obligatoires, et pendant longtemps, exprimés avec une grande prudence et une grande timidité, confirmant ainsi et malheureusement le bien-fondé des craintes et de l'hostilité alors prévalentes.

A) Une technique délaissée par les autorités normatives

L'exemple le plus révélateur de ce sentiment réside dans la loi du 31 décembre 1987²² et plus précisément dans la rédaction de son article 13 qui dispose que « des décrets en Conseil d'Etat déterminent dans quelles conditions les litiges contractuels concernant l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, ainsi que les actions mettant en jeu leur responsabilité extracontractuelle sont soumises, avant toute instance arbitrale ou contentieuse, à une procédure préalable soit de recours administratif, soit de conciliation ». En plus de procéder à la création d'un troisième degré de juridiction, ce texte avait donc pour but affiché de revitaliser, entre autre, le mécanisme du recours obligatoire.

C'est principalement à la demande des membres des tribunaux administratifs, plus que quiconque confrontés à l'encombrement récurrent des juridictions administratives que le

²² Loi n°87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif.

législateur s'est résolu à intervenir en la matière. Ainsi Michel Courtin, alors Vice-président au Tribunal administratif de Poitiers, avait en 1987 mis en avant le fait que la généralisation des procédures précontentieuses pouvait aboutir « à une réduction immédiate de trente pourcents du flux contentieux » en première instance²³. Dans le même sens, Daniel Chabanol, Vice-président du Tribunal administratif de Lyon s'est efforcé à la même époque de démontrer la nécessité de créer des « barrages » contre le contentieux, les juridictions ne pouvant selon lui « sortir de la crise que si le flot d'entrée (des affaires) est détourné ou contenu »²⁴. Pour faire droit à ces prétentions, le législateur, à la fin des années 1980, s'est alors décidé à intervenir.

Cette réforme a souvent été présentée comme une importante avancée en la matière, de nature à entraîner sur le long terme une généralisation des recours administratifs obligatoires. Ainsi, Jean Waline avait pu estimer que cette loi constituait, « après la création du médiateur, la seconde étape législative dans le sens d'une solution non juridictionnelle des conflits »²⁵.

Tel ne fut assurément pas le cas en pratique. Cette vision manifestement optimiste de la démarche du législateur s'est révélée dans les faits indubitablement erronée. L'étude approfondie de la rédaction de cette disposition laissait elle-même présager le destin qui lui serait réservé et ce à plusieurs égards.

D'une part, la loi réserve le choix au pouvoir réglementaire entre une procédure préalable de recours administratif et une procédure de conciliation. La technique du recours obligatoire n'est en aucun cas privilégiée. Au contraire et comme en témoigne les travaux préparatoires de ce texte, la préférence semble donnée à la formule de la conciliation.

D'autre part, le champ d'application de cette disposition reste largement limité. Elle ne conçoit l'instauration de nouveaux régimes de recours administratifs préalables obligatoires que dans le cadre du contentieux de pleine juridiction, dans le domaine contractuel ainsi qu'en matière de responsabilité extracontractuelle. Or, dans le premier cas, les cahiers des charges imposaient déjà que les éventuels conflits soient soumis à des procédures de recours administratifs préalables²⁶. Dans le second, la règle de la décision préalable y imposait déjà une saisine administrative préalable obligatoire.

²³ M. COURTIN, « Les recours précontentieux, une voie vers le désengorgement des Tribunaux administratifs », *Gaz. Pal.* 1987, I, doct., p. 467.

²⁴ D. CHABANOL, « Barrages contre le contentieux », *Droit fiscal*, 1986, p. 993.

²⁵ J. WALINE, « La réforme de la juridiction administrative : un tonneau des Danaïdes ? » *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, p. 354.

²⁶ C. BRECHON-MOULENES, « Le règlement amiable dans les marchés publics », *Revue marchés publics*, avril-mai 1987, p. 21.

En revanche, et contrairement à ce que prévoyait le projet de loi, le domaine de l'excès de pouvoir, pourtant domaine de prédilection de ce mécanisme, fut finalement exclu du champ d'application de la loi de 1987. Le Professeur René Chapus avait alors justifié cette exclusion par le fait que « les questions de légalité ne sont pas de celles dont il est acceptable qu'elles fassent l'objet d'arrangements et de transactions »²⁷.

Dès lors, et pour résumer, l'intervention du législateur sur ce point n'a pas brillé par son audace. La rédaction de l'article 13 est hésitante, prudente et révèle assurément l'embarras de ce dernier à engager une généralisation de l'obligation du recours préalable. Certains auteurs ne s'y sont pas trompés. Le Professeur Jean François Brisson y a vu une « consécration législative trompeuse »²⁸. Dans le même sens, Daniel Chabanol n'a pas hésité à qualifier cette loi de « réforme inachevée » indiquant qu'en limitant « à des recours de plein contentieux le développement de ces procédures préalables, le législateur a laissé échapper une occasion de réduire sensiblement le flux contentieux arrivant en première instance »²⁹.

Ainsi, il n'est pas étonnant qu'aucun décret n'ait été pris en application de cette disposition qui demeure cependant en vigueur faute d'avoir été abrogée.

Au final, la rédaction de ce texte ainsi que le destin qui lui fut réservé illustre donc parfaitement les réticences des pouvoirs publics à l'égard de la technique des recours administratifs préalables obligatoires, méfiance qui n'a fait que renforcer la marginalisation de ce mécanisme. Dès lors, la timidité des autorités normatives en la matière traduit la difficulté qu'il y a à impulser un changement progressif des mentalités sur une technique la plupart du temps vivement décriée.

Ce mouvement n'a fait qu'encourager le refus d'amorcer une généralisation du caractère obligatoire des recours administratifs préalables, rejet explicitement consacré par la haute juridiction administrative.

B) Le rejet explicite d'une généralisation de l'obligation par le Conseil d'Etat

A plusieurs reprises dans les années 1980, le Conseil d'Etat s'est interrogé sur les moyens de régler les litiges administratifs en amont de l'instance juridictionnelle³⁰.

²⁷ R. CHAPUS, « Les aspects procéduraux (de la réforme du contentieux administratif) », *A.J.D.A.*, 1988, p. 3.

²⁸ J.F. BRISSON, « Régler autrement les litiges : les recours gracieux et hiérarchiques, voie alternative de protection des administrés ? », *R.D.P.*, 1996, p. 806.

²⁹ D. CHABANOL, « Une réforme inachevée », *A.J.D.A.*, 1988, p. 102.

³⁰ Conseil d'Etat, « La prévention du conseil administratif », *E.D.C.E.*, 1981 ; Conseil d'Etat, « La prévention du contentieux administratif », *E.D.C.E.*, 1987-1988.

En 1993, la section du rapport et des études de la haute juridiction a rendu public un certain nombre de propositions tendant à un développement prudent des modes de règlement des litiges autres que juridictionnels³¹ (transaction, conciliation et arbitrage notamment). La haute Assemblée se révèle moins hostile à l'idée d'un règlement des litiges au niveau administratif. Elle n'hésite d'ailleurs pas à mettre l'accent en propos introductif sur l'importance que revêt cette étude et énumère les raisons qui doivent gouverner cette reconsidération : à savoir notamment, le souci de prévention du contentieux, les préoccupations d'équité, le coût du temps, la nécessaire modernisation de l'administration et son rapprochement des usagers.

Elle reste cependant et encore une fois réservée sur l'opportunité de développer les recours administratifs préalables obligatoires et préconise uniquement une revitalisation des recours administratifs de droit commun³².

Le Conseil d'Etat a fait le choix de privilégier la possibilité au détriment de l'obligation, il a préféré opter pour une approche incitative plutôt que de consacrer une vision contraignante et dirigiste en la matière. Il centre ses développements sur la nécessité de revaloriser les recours administratifs facultatifs dont le régime juridique en l'état actuel du droit contrevient selon lui au « principe général de procédure selon lequel les administrés ont droit à un examen effectif des demandes qu'ils présentent devant l'administration »³³. Le constat est selon lui sans appel. La méconnaissance du principe ci-dessus évoqué est « le fruit d'une insuffisance d'adaptation de l'administration à l'évolution de la société ».

Apparemment conscient du manque de considération généralisé à l'égard des recours administratifs, il n'en a pas pour autant dénoncé l'illégitimité. Ainsi, après avoir rejeté à son tour la possibilité de généraliser la requête gracieuse obligatoire, n'y voyant qu'une perspective sur le long terme tant il est selon lui nécessaire dans une telle optique de « préparer les esprits à une telle démarche et que l'on se dote progressivement des moyens nécessaires à sa mise en œuvre », le Conseil d'Etat opte pour une mesure moins radicale. Il propose, toujours dans le cadre des recours facultatifs d'inciter les administrations « à se réformer en prévoyant un mécanisme de sanction pour la méconnaissance du principe de l'examen effectif des demandes préalables à l'administration »³⁴. Pour ce faire, la Haute juridiction administrative suggère l'édiction d'une recommandation générale, sous forme de

³¹ Conseil d'Etat, « Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative », *La Documentation française*, 1993.

³² *Ibid.*, p. 31.

³³ Voir sur ce point les développements du Commissaire du gouvernement Long dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 20 avril 1956, *Ecole professionnelle de dessin industriel, D.*, 1956, J., p. 328.

³⁴ *Op. cit.* p. 34.

circulaire, invitant toutes les administrations à prendre les dispositions nécessaires pour organiser leurs services en ce sens.

Parallèlement à l'édition de ces préconisations générales dans les années 1990, les réticences du Conseil d'Etat à l'égard des recours administratifs, le cas échéant obligatoires, se sont également manifestées à travers son inertie jurisprudentielle en la matière. Le Conseil d'état ne s'est jusqu'à très récemment jamais employé à pallier les lacunes et les incohérences juridiques existantes dans ce domaine. Il n'a jamais cherché à remédier au caractère dispersé, foisonnant complexe et incompréhensible de l'état du droit en la matière. Ce comportement illustre le peu d'intérêt qui pendant longtemps fut accordé par le juge administratif à ce procédé.

Cette hostilité, ces hésitations quant à l'opportunité d'une revalorisation des recours administratifs qui n'ont pu être pendant un temps surmontées ont conduit à une marginalisation théorique marquée de ce procédé. Néanmoins, cette méfiance récurrente à l'égard de cette technique ne peut être que dénoncée car reposant dans les faits sur des critiques largement injustifiées.

Section 2 : Des réticences infondées

Ces réticences, qui ont largement fait obstacle à l'émancipation de la technique des recours administratifs préalables obligatoires, apparaissent illégitimes car dénuées en pratique de toute justification.

Non seulement ces inquiétudes, dès l'origine, ont pris appui sur une vision manifestement erronée de la finalité des recours administratifs obligatoires (paragraphe 1), mais surtout, l'approche qui en a été privilégiée a conduit à une sous estimation regrettable de l'intérêt d'un tel procédé (paragraphe 2).

§1 : Une perception erronée de la finalité du mécanisme

L'origine historique des recours administratifs est indissociable de celle du recours contentieux. C'est ce qui explique que ce mécanisme soit souvent abordé par référence à l'ancienne théorie du ministre juge et par conséquent rejeté car considéré comme inopportun

et rétrograde (A). Cependant, cette approche trop réductrice des recours administratifs préalables obligatoires ne peut être que contestée. Il est préférable de lui substituer une approche plus moderne, ce mécanisme devant être appréhendé comme un moyen complémentaire de résolution des litiges (B).

A) Une approche réductrice : la résurgence de la théorie du ministre juge

Un bref retour sur cette théorie est indispensable pour comprendre, d'une part la formation de l'ordre juridictionnel administratif³⁵, d'autre part et surtout l'hostilité ambiante à l'égard de la conception contemporaine des recours administratifs.

En 1790, la question se pose de savoir à quel organe devait être confié la gestion du contentieux administratif. L'Assemblée constituante, alors saisie de deux propositions va rejeter chacune d'elle. Elle refuse d'une part de confier le contentieux de l'administration à des tribunaux administratifs, c'est-à-dire à des juridictions d'exception à l'image de celles instituées sous l'Ancien Régime et qui s'étaient heurtées à de vives critiques. Elle rejette d'autre part la proposition d'attribuer ce contentieux aux tribunaux judiciaires, craignant que ces derniers n'empiètent sur les attributions de l'administration, comme l'avaient fait les anciens Parlements. Cette réflexion a abouti au final à l'édiction de la loi des 16 et 24 août 1790 qui dispose expressément que « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives ». Se trouvait ainsi consacré le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires.

En a découlé inévitablement l'attribution à l'administration elle-même du soin de régler les litiges auxquels elle était partie. Fut alors instauré le système de l'administrateur juge fondé sur le principe selon lequel « juger l'administration, c'est encore administrer ». Par la suite, après que les ministres aient conservé leur qualité de juges pendant près d'un siècle, les juridictions administratives ont peu à peu conquis leur autonomie et leur indépendance. La juridiction des ministres fut supprimée par voie jurisprudentielle, grâce au célèbre arrêt Cadot, rendu par le Conseil d'Etat le 13 décembre 1889³⁶. Ce revirement fut largement salué et évidemment positivement accueilli en doctrine tant le système du ministre

³⁵ R. CHAPUS, « *Droit administratif général* ». Tome 1, Collection Domat Droit public, Monchrestien, 15^e édition, 2001, p. 747 et svt.

³⁶ C.E., 13 décembre 1889, Cadot, *G.A.J.A* n° 5 et références citées.

juge empiriquement instauré était intolérable car contraire à l'équité et au sens de la justice puisqu'il faisait « l'administration juge et partie de ses propres causes »³⁷.

Dès lors, du fait de l'assimilation du nouveau concept des recours administratifs à cet ancien système, le développement des recours administratifs obligatoires a, à plusieurs reprises, et de façon injustifiée été appréhendé comme un retour inadmissible au système de l'administrateur juge. Ainsi, M. Lemoyne de Forges a pu se demander, à propos de la loi du 31 décembre 1987 et de son article 13 si « se faisant, le législateur (n'introduisait) pas une complication procédurale anormale, voir rétrograde dans la mesure où l'obligation du recours préalable (réintroduisait) le concept ancien d'administrateur juge (...) »³⁸. De la même manière, le Professeur Jean-François Brisson a déclaré, que cette même disposition « (n'envisageait) rien de moins, en imposant l'examen en première instance des recours contentieux par l'administration, que de revenir sur l'acquis fondamental de l'arrêt Cadot, qu'est le principe de séparation de l'administration active et de la juridiction administrative »³⁹.

Certains ont donc vu dans la faillite du système de l'administrateur juge la preuve que le recours administratif obligatoire ne pouvait pas fonctionner. Or l'exemple des législations étrangères qui pour certaines ont totalement assimilé ce procédé (le droit allemand en est l'exemple le plus significatif⁴⁰, mais aussi le domaine particulier du droit fiscal ou l'application de ce mécanisme⁴¹ a donné des résultats indéniablement positifs), démontre le contraire. Le développement des recours administratifs préalables obligatoires dans ces domaines n'a pas aboutit pour autant à la résurgence de cette théorie. Il est la preuve que l'approche des recours administratifs peut largement, et doit être déconnectée, détachée du système de l'administrateur juge.

Il convient donc d'en adopter une vision davantage modernisée.

³⁷ R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 747.

³⁸ M. LEMOYNE DE FORGES, « Recours pour excès de pouvoir », *Rép. Dalloz*, n°312.

³⁹ J.F. BRISSON, « Régler autrement les litiges : les recours gracieux et hiérarchiques, voie alternative de protection des administrés ? », *R.D.P.*, 1996, p. 809.

⁴⁰ Voir sur ce point E. PREVEDOUROU, « *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droit allemand et français* », L.G.D.J., 1996 ; M. FROMONT, « Les modes alternatifs de règlement des litiges, l'exemple allemand », *A.J.D.A.*, 1997, p. 59.

⁴¹ Voir en la matière C.E., Ass., 31 octobre 1975, Société Coq-France, Rec. p. 534 qui qualifie le recours obligatoire « d'instance ressortissant à la juridiction contentieuse ».

B) Une approche modernisée : un mode complémentaire de résolution des litiges

Conserver l'approche classique et restrictive des recours administratifs obligatoires et refuser de les reconsidérer par crainte que cela n'entraîne une résurrection de l'ancienne théorie du ministre juge aboutit tout d'abord à nier l'évolution générale du droit administratif et plus précisément du contentieux administratif. L'Etat de droit est aujourd'hui solidement ancré dans notre système juridique. La mise en œuvre de ce dernier postule deux type d'autolimitation de l'Etat : il doit s'imposer de respecter certaines normes dans ses relations avec les citoyens, il doit donner à ces derniers les moyens de faire sanctionner par le juge le cas échéant la violation de ses obligations ou des normes supérieures. Le droit administratif, appliqué par le juge administratif canalise l'action administrative en amont et en aval.

Or, envisager que la simple émancipation de la technique des recours administratifs obligatoires ait pour conséquence une remise en cause de cette avancée est excessivement rétrograde et réducteur. En effet et à l'inverse de ce que certains ont pu penser, militer pour un développement des recours administratifs préalables obligatoires ne conduit aucunement à réintroduire un système contraire aux exigences de l'Etat de droit ou à sous évaluer l'intérêt d'un traitement juridictionnel des affaires. Il s'agit simplement d'admettre que préalablement à la saisine du juge, il peut être adéquat de favoriser un traitement des différends au niveau administratif, ce dernier présentant des avantages pour le justiciable que l'on ne retrouve pas dans le traitement juridictionnel des litiges.

Il n'est, par la même, en aucun cas question de supplanter le recours juridictionnel. Les recours administratifs n'ont pas vocation à s'y substituer mais plutôt à constituer une sorte d'aide au règlement des litiges. Ils viennent utilement compléter la protection juridictionnelle des administrés. Les recours préalables ne doivent pas être conçus uniquement comme de véritables pré jugements des affaires⁴², mais comme un processus administratif normal de réexamen d'une décision de l'administration, comme une tentative de résolution, à l'échelon administratif, d'un contentieux existant entre une administration et un particulier. Deux autorités, l'administrateur et le juge, statuent alors successivement, à des places différentes et avec des pouvoirs différents sur un même litige, sur un contentieux identique. Si l'administration, après un premier examen du recours, plus souple et plus accessible que le recours juridictionnel estime ne pas devoir faire droit aux prétentions du réclamant, ce dernier

⁴² R. CHAPUS, « *Droit du contentieux administratif* », Collection Domat Droit public, Monchrestien, 12^e édition, 2006, p. 367 et svt.

pourra alors se tourner vers le juge, lequel appréciera la validité de l'acte attaqué pour finalement confirmer ou infirmer la position adoptée par l'administration.

Nous l'avons vu, la doctrine a, pendant longtemps, privilégié une approche rétrograde des recours administratifs obligatoires. Envisager d'en généraliser l'instauration aurait conduit selon elle à une résurgence du système ancestral de l'administrateur juge. Elle n'a donc cessé d'entretenir une vision en pratique erronée de la finalité de ce procédé.

Parallèlement à cette appréhension sur le fond réductrice du mécanisme, la doctrine va également s'employer à en démontrer seulement les inconvénients tout en occultant les nombreux avantages que présentent les recours administratifs préalables obligatoires. Cette attitude a malheureusement abouti à une sous estimation de l'intérêt de ces derniers.

§2 : Un intérêt sous évalué du mécanisme

Pendant un certain temps et dans les faits, seuls les effets pervers du recours administratif et notamment obligatoire ont été mis en lumière. Tout moyen de remédier à ces inconvénients était occulté. Cette technique était indûment critiqué (A). Or cette démarche n'aboutissait qu'à rendre partiellement compte de la réalité. Etaient alors majoritairement ignorés les aspects positifs que l'on pouvait légitimement attendre du développement de ce procédé (B)

A) Une technique indûment décriée

Le Professeur René Chapus a pu déclarer que « dans la mesure où l'existence de recours préalables peut provoquer des effets pervers, c'est sans doute des recours obligatoires qu'on peut surtout les attendre »⁴³

La doctrine de manière générale s'est largement employée à mettre en lumière les nombreux inconvénients résultant des recours administratifs préalables obligatoires et des règles qui y sont attachées qu'il convient de développer sans que la liste proposée ne soit exhaustive.

⁴³ R. CHAPUS, « *Droit du contentieux administratif* », Collection Domat Droit public, Monchrestien, 12^e édition, 2006, p. 395.

En premier lieu, le principe de l'immutabilité des moyens présentés à l'appui des recours successifs qui irrigue le droit applicable en la matière a pour effet de figer le litige dès l'introduction de la réclamation auprès de l'administration⁴⁴. Il incombe alors aux requérants de veiller à développer l'ensemble de leur argumentation devant l'autorité administrative saisie. De même, la règle selon laquelle la décision finale, prise sur recours se substitue à la décision initiale aboutit dans le cadre du recours administratif obligatoire à rendre cette dernière insusceptible de recours pour excès de pouvoir⁴⁵.

En deuxième lieu, et à défaut pour les administrés de pouvoir demander le prononcé d'un sursis à exécution (aujourd'hui remplacé par la procédure du référé suspension), l'intervention du juge risque d'être trop tardive. La décision attaquée ayant été déjà exécutée, les particuliers couraient le risque inadmissible de ne plus être en mesure de défendre utilement leurs droits⁴⁶.

En troisième lieu, le préalable obligatoire a pour conséquence de retarder la saisine du juge, du fait de l'instauration d'un nouveau délai de procédure, et d'instituer une nouvelle condition de recevabilité du recours juridictionnel de surcroît et le cas échéant insusceptible de régularisation. L'articulation des recours administratif et juridictionnel était ainsi rendue plus périlleuse et faisait douter de la conformité de cet état du droit au principe fondamental largement garanti que constitue le droit d'agir en justice.

En quatrième lieu, l'instauration grandissante de nouveaux régimes de recours obligatoires suppose que l'administration accepte de revoir sa position. Le bon fonctionnement de ce système est subordonné à l'existence d'un examen effectif et systématique de ces réclamations. Une évolution des mentalités était sur ce point indispensable.

Enfin et surtout, l'institution d'un recours obligatoire préalable à la saisine du juge implique que les administrés dans le cadre de cette procédure bénéficient de garanties suffisamment importantes de nature à sauvegarder leurs droits les plus élémentaires.

L'existence de ces divers obstacles, notamment procéduraux, ne peut être niée tant il est vrai que le régime juridique applicable aux recours administratifs préalables obligatoires a pendant longtemps souffert d'insuffisances manifestes. Mais ces lacunes sont le fruit du manque d'intérêt global à l'égard de cette technique. Or, la plupart de ces obstacles était aisément surmontable, la pratique l'a par la suite démontré, le juge administratif s'étant depuis peu et avec un certain succès employé à y remédier. Il est en conséquence regrettable que ce mouvement n'ait pas été encouragé et engagé plus rapidement. La doctrine s'est alors, et en

⁴⁴ Voir notamment C.E, 19 novembre 1965, Epoux Delattre-Floury, Rec., p. 623.

⁴⁵ C.E, 20 mai 1949, Berc, Rec. p 230 ; pour une rédaction particulièrement nette, voir C.E, 5 janvier 1979, Société Clinique chirurgicale Francheville, Rec. p. 9, *R.D. sanit. soc.*, 1979, p. 365, obs. F. Moderne.

⁴⁶ Pour un exemple parmi d'autres, voir C.E., 25 mai 1988, Association Le foyer israélite, Rec. tables, p. 945.

dépit de cette possibilité, simplement attachée à mettre en avant les effets pervers de cette technique sans pour autant chercher à y faire obstacle. Prédominait une approche statique des recours administratifs obligatoires sans perspective de changement, sans proposition d'amélioration, sans élaboration de solutions. Cette mauvaise volonté n'était alors pas surprenante, puisque consécutive à la méfiance généralisée attachée au procédé lui-même des recours administratifs préalables obligatoires. A quoi bon chercher à améliorer le fonctionnement d'un mécanisme largement critiqué et rejeté. C'est, malgré tout, essentiellement cette inertie qui a, en tout état de cause, freiné l'assimilation, l'acceptation de ce procédé.

Ceci apparaissait d'autant plus regrettable que les recours administratifs préalables obligatoires n'étaient pas dénués de tout intérêt.

B) Une utilité illégitimement minimisée

Les recours administratifs, le cas échéant obligatoires, présentent un certain nombre d'avantages pour les administrés.

D'une part, ils peuvent contribuer à désengorger les juridictions administratives et limiter ainsi la durée des instances juridictionnelles car de nature à épargner au juge la gestion des « petits » litiges posant peu de problème de droit. La qualité des décisions rendues ne peut s'en trouver qu'améliorée. Nous y reviendrons.

D'autre part et de manière plus générale, la technique du recours administratif préalable obligatoire s'inscrit également dans un mouvement plus global, impulsé dans les années 1970, d'amélioration de la protection juridique accordée aux administrés face à l'administration, d'amélioration des relations entre l'administration et les particuliers⁴⁷.

En premier lieu, et même si ce mécanisme peut être discuté du fait du possible manque d'impartialité et d'indépendance des administrateurs chargés d'apprécier leurs propres actes, il favorise indéniablement une meilleure prise en compte des préoccupations d'équité. En effet, les recours administratifs préalables obligatoires permettent à l'autorité administrative de réexaminer une décision tant du point de vue du droit que de l'opportunité. L'administration se livre alors à un examen complet de l'affaire, plus large que celui opéré par le juge qui ne peut apprécier que la légalité des actes attaqués. Cette dernière se prononce alors en se plaçant à la date à laquelle elle statue, elle se doit de prendre en considération les

⁴⁷ E. PREVEDOUROU, « *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droit allemand et français* », L.G.D.J, 1996, p. 153 et svt.

éléments d'appréciation postérieurs à l'édition de la décision⁴⁸. Ces deux règles sont de nature à permettre l'atténuation des rigidités du contrôle juridictionnel qui peuvent parfois donner lieu à des situations difficilement admissibles, voire choquantes. « Les autorités administratives ont la faculté d'aller au-delà de l'examen des seules questions de droit pour vérifier le caractère opportun, raisonnable ou équitable d'une décision administrative ».⁴⁹

De plus, l'administré s'estimant lésé par une décision administrative, peut obtenir satisfaction plus rapidement par l'intermédiaire d'un recours administratif que par le biais du recours juridictionnel. Ainsi, et à supposer que le régime juridique attaché au recours administratif soit exempt de vice et valablement protecteur des droits des administrés, cette voie de droit peut être appréhendée dans certains cas comme donnant lieu à une protection plus efficace, plus effective et plus rapide des administrés face à l'administration.

En second lieu, et corrélativement, la technique des recours administratifs préalables obligatoires permet un certain rapprochement de l'administration et des administrés⁵⁰. Depuis les années 1970, l'idée d'une administration omnipotente, dirigiste et bureaucratique a été progressivement remise en question. Parallèlement, des efforts ont été entrepris pour rendre l'action administrative « la plus transparente, la plus accessible, la plus informante possible »⁵¹. Un mouvement de démocratisation de l'administration était alors engagé. Sans avoir été créés pour satisfaire directement cet objectif, les recours administratifs préalables obligatoires s'inscrivent indéniablement et presque accidentellement dans cette optique. Ils permettent l'ouverture d'un dialogue direct des particuliers avec l'administration. Eugénie Prévédourou l'explique très clairement : les recours administratifs contribuent à «(atténuer) le choc entre l'administration et les administrés en rendant possible l'adhésion de ceux-ci aux décisions administratives »⁵².

Il est donc regrettable que l'ensemble des pouvoirs publics ainsi que la doctrine administrative se soient trop longtemps focalisés sur les inconvénients et effets pervers pouvant être reprochés aux recours administratifs préalables obligatoires et que leurs avantages n'aient pas fait l'objet d'une plus grande attention.

⁴⁸ C.E., 13 novembre 1991, Girer, Rec. p. 392, DA, 1991, n° 530.

⁴⁹ J-M. WOEHRLING, « Réflexion sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins », *Mélanges R-E. Charlier*, 1981, p. 358.

⁵⁰ Pour une approche générale de cette problématique, voir B. DELAUNAY, « L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés : contribution à l'étude des réformes administratives entreprise depuis 1945 », L.G.D.J., 1993, et notamment p. 623 et sv.

⁵¹ E. PREVEDOUROU, *op.cit.*, p. 181.

⁵² *ibid.*, p. 182.

Il est clair que la technique des recours administratifs préalables obligatoires est loin d'avoir suscité l'enthousiasme. Le contexte théorique apparaissait nettement et malheureusement défavorable à l'émancipation de ce procédé, la plupart des acteurs juridiques s'efforçant vivement de jeter le discrédit sur cette technique.

Ainsi, et au vu de ce mouvement, on aurait pu valablement penser qu'un tel mécanisme était voué à l'échec tant prévalait l'idée qu'il ne saurait en tant que tel contribuer efficacement au règlement administratif des litiges. Mais contre toute attente, malgré cette absence de volonté préétablie de banalisation des préalables obligatoires, c'est paradoxalement dans ce sens que les choses vont évoluer en pratique. La conception classique des recours administratifs va être abandonnée, ou plus précisément occultée. Des raisons essentiellement conjoncturelles vont pousser la doctrine à mettre de côté son hostilité initiale et aboutir à une consécration juridique forcée, presque accidentelle de la fonction contentieuse des recours administratifs obligatoires.

Dans les faits, un développement des recours administratifs préalables obligatoires va être engagé.

CHAPITRE 2 : Un développement en pratique engagé du procédé

La technique des recours administratifs préalables obligatoires va très vite être replacée dans des problématiques plus générales qui irriguent le droit public contemporain et notamment la nécessité de pallier les lacunes du recours juridictionnel. En ce sens les réticences dont souffrait ce mécanisme vont être dépassées par la volonté de trouver de nouveaux moyens de règlement des litiges (Section 1). La prise en compte de ces nouvelles préoccupations va avoir pour effet de donner paradoxalement un nouveau souffle aux recours administratifs obligatoires (Section 2)

Section 1 : La recherche d'indispensables alternatives au règlement juridictionnel des litiges

Les carences du système juridictionnel, l'explosion de la demande de justice administrative sont des phénomènes dont les répercussions sur le bon fonctionnement des juridictions administratives en terme d'efficacité, de qualité ou de rapidité ne sont plus à démontrer. Ce constat est difficilement contestable, les insuffisances du contrôle juridictionnel sont notables (§1). La plupart des réformes entreprises en ce sens concernant l'organisation interne des juridictions n'ayant pas abouties à des résultats satisfaisants en la matière, les solutions vont être recherchées en dehors du juge. Le règlement des litiges va en quelque sorte être dérivé vers des voies autres que les voies purement juridictionnelles. Un palliatif va être trouvé dans le développement des règlements amiables des conflits (§2).

§1 : Un constat inéluctable : les lacunes du contrôle juridictionnel

La prise en compte des carences du contrôle juridictionnel de l'administration, d'une part la faiblesse initiale des procédures d'exécution des décisions de l'administration (A), d'autre part l'engorgement récurrent des juridictions administratives (B), et la nécessité d'y remédier a impulsé la réévaluation des recours administratifs préalables obligatoires.

A) La volonté initiale de remédier à la faiblesse des procédures d'exécution des décisions

Si les principales déficiences sur ce point du contrôle juridictionnel de l'administration ont aujourd'hui disparues, il n'empêche qu'elles ont pendant longtemps amenuisé l'efficacité de l'intervention du juge administratif en tant que juge de l'action de l'administration. Ces limites, ces insuffisances, souvent préjudiciables aux intérêts des requérants, de nature à affaiblir la protection de ces derniers vis à vis de la puissance publique ont alors indirectement facilité et justifié le développement des recours administratifs préalables obligatoires.

Il est ici évidemment fait référence aux deux principaux points faibles alors en vigueur du recours pour excès de pouvoir, à savoir d'une part l'interdiction traditionnelle pour le juge français de faire acte d'administration, de prononcer des injonctions à l'encontre de l'administration le cas échéant assorties d'astreintes, et de substituer sa propre décision à celle de l'autorité administrative, d'autre part l'absence de tout caractère suspensif du recours juridictionnel⁵³.

Ainsi, le fondement principal de l'hostilité à l'égard de ce mécanisme, l'attachement du droit public français au système juridictionnel, va de ce fait être progressivement fragilisé. En effet, on assiste à une prise de conscience des défauts de la protection juridictionnelle des particuliers. Le système juridictionnel, longtemps conçu comme le seul apte à régler de manière adéquate les litiges administratifs, comme le processus idéal de protection des administrés, perd alors de son prestige. Son efficacité est désormais discutée. La mise en lumière progressive des insuffisances du contrôle juridictionnel entame la confiance en ce dernier, la recherche d'alternatives au règlement juridictionnel des litiges peut et doit alors être envisagée.

Le mécanisme du recours administratif préalable obligatoire pouvait alors apparaître comme une technique plus efficace, ne nature à contre balancer les lacunes du contrôle juridictionnel. Dans le cadre d'un règlement du litige au niveau administratif, le particulier a l'assurance, en cas de réformation de la décision initiale par l'autorité saisie du recours préalable, de voir sa situation évoluer dans le sens finalement négocié. La nouvelle décision est plus aisément concrétisée. A contrario, dans le cadre d'un recours juridictionnel, et en l'absence, à l'époque, de procédures contraignantes d'exécution des décisions de justice, le justiciable pouvait parfaitement obtenir satisfaction auprès du juge, lequel faisait droit à ses

⁵³ Principe qualifié par le Conseil d'Etat de « règle fondamentale du droit public » dans un arrêt d'Assemblée Huglo et autres en date du 2 juillet 1982, Rec. p. 257 ; *A.J.D.A.*, 1982, p. 657, concl. J. Biancarelli, note B. Lukaszewicz.

prétentions en annulant par exemple la décision litigieuse, mais ne pas voir la décision juridictionnelle en découlant se concrétiser matériellement, l'administration n'étant dès lors pas contrainte de réexaminer sa position. L'administré ne pouvait alors compter que sur la bonne volonté de cette dernière. Par voie de conséquence, le particulier, par le biais d'un recours administratif préalable obligatoire et dans l'hypothèse évidemment où celui-ci faisait l'objet d'un examen effectif pouvait plus aisément obtenir satisfaction que par l'intermédiaire d'un recours juridictionnel au terme duquel le jugement rendu, favorable à l'administré, pouvait malheureusement rester inappliqué.

De la même manière, le règlement du litige par un organe administratif saisi d'un recours intervenait plus rapidement que par la voie juridictionnelle. Les effets négatifs de l'absence, à l'époque, du caractère suspensif des recours pouvaient s'en trouver sensiblement atténués. Ainsi, les faiblesses sur ces différents points du recours juridictionnel ont contribué à l'émancipation des recours administratifs.

Cette utilité est cependant aujourd'hui dépassée. En premier lieu, les prérogatives du juge se sont en la matière heureusement diversifiées. Suite au décret de 1963, qui a instauré les mécanismes de l'aide à l'exécution et de la demande d'éclaircissement, les réformes législatives du 16 juillet 1980⁵⁴ et du 8 février 1995⁵⁵ sont progressivement venues mettre fin à l'interdiction traditionnelle de prononcer des injonctions à l'encontre de l'administration. Les anomalies initiales de la loi de 1980 ont en effet été effacées par celle de 1995 qui consacre pleinement le pouvoir d'injonction du juge administratif, lequel à la différence du système précédent ne constitue plus le monopole du Conseil d'Etat et peut également intervenir à titre préventif. La loi est alors pleinement assimilée⁵⁶. En 1997, le Conseil d'Etat a fait échec au seul obstacle qui persistait dans la mise en œuvre de cette prérogative par le juge administratif. L'arrêt Réghis⁵⁷ en date du 18 octobre 1995 était en effet venu circonscrire le champ d'application du pouvoir d'injonction. Cette jurisprudence a été abandonnée en 1997⁵⁸ par le Conseil d'Etat. Par la suite, le juge de l'exécution a même commencé à s'affranchir de la loi de 1995, faisant éclore une démarche originale assez proche de l'injonction d'office, le juge s'interrogeant presque systématiquement sur les suites à donner à ses décisions, sur les conséquences pratiques à en tirer même en l'absence de conclusions en

⁵⁴ P. BON, « Un progrès de l'Etat de droit : la loi du 16 juillet 1980 », *R.D.P.*, 1981, p. 5.

⁵⁵ Voir le dossier « La loi du 8 février 1995 et la réforme du contentieux administratif », *R.F.D.A.*, 1991, p. 1 et svt.

⁵⁶ Voir entre autre : J. GOURDOU, « Les nouveaux pouvoirs du juge administratif en matière d'injonction et d'astreinte. Première application de la loi du 8 février 1995 », *R.F.D.A.*, 1996, p. 333 ; F. MODERNE, « Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif », *R.F.D.A.*, 1996, p. 43.

⁵⁷ C.E., 18 octobre 1995, *Ministre de l'intérieur contre Mme Réghis*, *A.J.D.A.*, 1996, p. 157.

⁵⁸ C.E., 4 juillet 1997, *Leveau et Bouzerak*, *A.J.D.A.*, 1997, p.635-636.

ce sens émanant des requérants. Le juge s'est accordé la possibilité d'enjoindre d'office à l'administration un comportement déterminé⁵⁹.

En second lieu, par une loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives⁶⁰, le législateur est venu refondre l'ancien sursis à exécution, mettant ainsi fin au « restrictionnisme » et à la lenteur qu'il suscitait, par la création d'une nouvelle procédure, le référé suspension. Les possibilités d'obtenir du juge qu'il empêche l'exécution d'une décision administrative s'en sont trouvées sensiblement améliorées. Ces changements sont par conséquent venus atténuer la rigidité de la règle de l'absence d'effet suspensif du recours et du caractère immédiatement exécutoire des décisions administratives.

Ces lacunes, désormais plus d'actualité, ont été un premier facteur induisant une reconsidération des recours administratifs préalables obligatoires. Parallèlement, la nécessité de lutter contre l'engorgement récurrent des juridictions administratives a suscité également un renouvellement de l'approche de cette technique.

B) La nécessité contemporaine de faire face à l'encombrement des juridictions

L'encombrement récurrent des juridictions administratives n'est plus à démontrer. Les efforts engagés depuis une vingtaine d'années pour améliorer leur fonctionnement (amélioration des méthodes et procédures d'instruction, augmentation des effectifs, multiplication du recours au juge unique notamment) sont en pratique restées quasiment inefficaces. L'expansion des recours administratifs préalables obligatoires est très vite apparue comme un moyen d'accélérer le traitement des affaires juridictionnelles et de contenir l'explosion contentieuse due à une demande de justice allant croissante. Ainsi par exemple, le Commissaire du Gouvernement Frydman dans ses conclusions sous les arrêts Marie et Hardouin relatifs à la justiciabilité des mesures d'ordre intérieur, avait estimé « qu'il serait en tout état de cause concevable, dans le souci de limiter le volume de ce nouveau contentieux, de subordonner la possibilité de saisir le juge à une obligation de recours administratif préalable. »⁶¹ De la même manière, le Premier Ministre, dans la circulaire relative au traitement des réclamations adressées à l'administration de 1995, a estimé que l'usage des recours administratifs préalables obligatoires visait à « constituer un filtre efficace

⁵⁹ Voir en ce sens pour des exemples significatifs C.E., 29 juin 2001, Vassilikiotis, Rec. p. 303 concl. F. Lamy ; A.J.D.A., 2001, p. 1046, chron. M. Guyomar et P. Colin ; C.E., 27 juillet 2001, Titran, Rec. p. 411, A.J.D.A., 2001, p. 1046.

⁶⁰ Conf. bibliographie dans R. CHAPUS, « Droit du contentieux administratif », Collection Domat Droit public, Monchrestien, 12^e édition, 2006, p. 1336 et svt.

⁶¹ C.E., 17 février 1995, M. Hardouin et M. Marie, Rec. p. 94.

qui empêche un certain nombre de réclamations de déboucher sur le terrain contentieux »⁶². Le regain d'intérêt accordé à cette technique s'inscrit indéniablement dans cette optique. Elle peut avoir pour principal atout d'éviter que le juge soit sollicité pour régler des litiges nés d'une mauvaise information du justiciable ou d'une connaissance erronée par l'administration du droit applicable. L'introduction d'un recours administratif doit alors permettre à cette dernière de corriger rapidement des erreurs ou des injustices ou lui éviter d'être envahi par des conflits souvent répétitifs, et posant peu de problèmes de droit.

Ainsi, et c'est fondamental, corrélativement au désengorgement des juridictions, l'émancipation des recours administratifs préalables obligatoires contribue également au renforcement de la qualité de la justice administrative. Le temps initialement et presque inutilement consacré par le juge à la gestion de ces « petites » affaires serait, avec le développement de ce procédé, mis à profit, d'une part pour résorber le stock d'affaires en attente devant les juridictions, d'autre part pour travailler plus amplement sur des recours qualitativement plus importants. C'est précisément ce phénomène qui fit dire à Marceau Long que « la croissance rapide des requêtes, signe évident des nécessités auxquelles elle répond, déclenche en même temps le clignotant de l'alarme : si la décision n'intervient pas dans les délais raisonnables de plus en plus difficiles à tenir, l'affirmation des plus grands principes risque de manquer son but. Une justice trop lente peu devenir dérisoire »⁶³.

La nécessité d'assurer la célérité de la justice administrative fait donc écho à la consécration, sous l'influence déterminante du droit européen et de la revalorisation des articles 6§1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, d'un droit au jugement dans un délai raisonnable, corollaire du droit d'accès au juge.

Sur ce point, la France a été à plusieurs reprises condamnée par le juge européen⁶⁴. Rapidement, le législateur français a alors institué un régime de responsabilité de l'Etat pour faute du fait du fonctionnement défectueux du service public judiciaire⁶⁵. Une consécration similaire en matière administrative fut beaucoup plus tardive du fait de l'existence d'un principe d'irresponsabilité du fait de la fonction juridictionnelle⁶⁶. Ce n'est qu'en 2002, par un arrêt Magiera, que le Conseil d'Etat est venu consacrer un nouveau principe général selon lequel « les justiciables ont droit à ce que leurs requêtes soient jugées dans un délai

⁶² Circulaire en date du 15 février 1995, JO du 15 février 1995, p. 2522. ; *D.*, 1995, légis., p. 199.

⁶³ M. LONG, « Une réforme pour préparer l'avenir », *R.F.D.A.*, 1988, p. 163.

⁶⁴ Voir par exemple CEDH, 31 mars 1992, X c/ France, aff. 81-1991-333-406, *D.*, 1992, SC, p. 334 ; *A.J.D.A.*, 1992, p. 420.

⁶⁵ Loi du 5 juillet 1972 relative à la réforme de la procédure civile ; J-M. AUBY, « La responsabilité de l'Etat en matière de justice judiciaire », *A.J.D.A.*, 1973, p. 4.

⁶⁶ C.E., 28 novembre 1958, Blondet, Rec. p. 600, *R.D.P.*, 1959, p. 932.

raisonnable » auquel il a attaché la faculté pour les administrés de demander un droit à réparation dans le cas où sa méconnaissance leur aurait causé un préjudice⁶⁷. Le Conseil d'Etat a de plus abandonné l'exigence de la faute lourde au profit de la faute simple.

Certains auteurs se sont montrés sceptiques à l'égard de cet objectif de désengorgement des juridictions administratives que devait poursuivre la multiplication des recours administratifs préalables obligatoires, ce dernier conduisant à faire peser sur les administrés des risques trop importants en échange de la satisfaction d'une volonté reposant sur des considérations essentiellement politiques et conjoncturelles. Mais ces critiques si elles sont compréhensibles n'en demeurent pas moins réductrices. Elles aboutissent encore une fois à occulter les avantages des recours administratifs préalables obligatoires.

D'une part, et à supposer que des améliorations sensibles soient apportées au régime juridique de ce mécanisme, indispensables, nous le verrons, à son bon fonctionnement, l'administré par ce biais se voit offrir une chance non négligeable de résoudre son litige à l'amiable, directement au niveau administratif sans avoir dans un tel cas besoin d'engager une procédure juridictionnelle. Le particulier se préserve ainsi d'une procédure pesante, contraignante, longue, et le plus souvent très coûteuse.

D'autre part, l'instauration d'un délai supplémentaire de procédure, dans la grande majorité des cas de deux mois paraît pouvoir être supportée si elle contribue parallèlement à réduire efficacement la durée de la procédure juridictionnelle devant le juge administratif et en conséquence à renforcer la qualité de la justice administrative.

Autrement dit, le bénéfice pouvant être retiré pour les justiciables notamment, d'une application sans failles du procédé considéré mérite quelques concessions ou du moins une importante réflexion avant toute condamnation prématurée d'une généralisation de ce mécanisme. Les recours administratifs préalables obligatoires ont, sur ce point, des vertus qu'il convient de ne pas sous-estimer. Il est possible de chercher à améliorer le traitement des litiges par l'administration elle-même afin de détourner du juge une partie des contentieux qui envahissent presque illégitimement son prétoire.

La mise en lumière progressive des lacunes du contrôle juridictionnel va impulser un changement de perspective en matière de recours administratifs préalables obligatoires. La nécessité de pallier les insuffisances du contrôle juridictionnel va entraîner dans les faits une

⁶⁷ C.E., Ass., 28 juin 2002, *Ministre de la justice c/ M. Magiera*, Rec. p. 247, *A.J.D.A.*, 2002, p. 596 ; *R.F.D.A.*, 2002, p. 756, concl. F. Lamy.

reconsidération de la place à accorder dans l'ordre juridique français aux modes alternatifs de résolution des litiges.

§2 : La recherche de palliatifs : le développement des règlements amiables des litiges

Le contexte ainsi mis en avant apparaît favorable au développement de nouveaux moyens de résoudre les différends. Une réponse aux lacunes du contrôle juridictionnel va être trouvée dans l'émancipation de ce que l'on a pris l'habitude d'appeler les modes alternatifs de résolution des litiges. Ils font l'objet depuis près d'une trentaine d'années d'un engouement généralisé (A), enthousiasme qui s'est logiquement concrétisé en droit administratif (B).

A) Un engouement généralisé pour les modes alternatifs de résolution des conflits

Les modes alternatifs de résolution des litiges sont des techniques importées des Etats-Unis, *les alternative means of dispute resolution*⁶⁸. Ce sont des procédés qui ont pour objet la résolution des différends en dehors de l'institution judiciaire. Si les moyens alternatifs de résolution des litiges ne sont pas une nouveauté totale en Europe, il est indéniable qu'ils font depuis les années 1970 l'objet d'un regain d'intérêt significatif. Cet engouement récent pour les modes alternatifs de règlement des litiges⁶⁹ est un phénomène que l'on retrouve dans l'ensemble des pays européens et qui est également sensible au niveau des instances supranationales. Toutes ces entités sont de près ou de loin confrontées aux mêmes problématiques : l'accroissement général du nombre des requêtes consécutif à une demande grandissante de justice et la recherche d'une amélioration des rapports entre les particuliers et les autorités publiques. La nécessaire prise en compte de ces nouvelles préoccupations a induit une réflexion soutenue sur la possible émergence, à côté des systèmes traditionnels de résolution des différends, de « solutions de remplacement », de nouveaux modes de règlement des conflits.

⁶⁸ L. RICHER, « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », *A.J.D.A.*, 1997, p. 3.

⁶⁹ Pour une approche générale de la question voir notamment P. CHEVALIER, Y. DESDEVISES, P. MILBURN, « *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice* », Perspectives sur la justice, La documentation française, 2003.

Le terme de règlement doit ici être entendu de manière extensive. Plusieurs hypothèses sont alors envisageables, elles illustrent la diversité actuelle des modes alternatifs de résolution des conflits. Ils peuvent avoir plusieurs objectifs : prévenir le litige, dénouer celui-ci avant le recours au juge, y mettre fin de manière précoce une fois qu'il est cristallisé devant une juridiction, le faire trancher par une juridiction, une instance non étatique.

Cette nouvelle forme de règlement des conflits présente plusieurs atouts. En plus de permettre un désengorgement non négligeable des tribunaux, elle favorise l'apaisement des relations entre les particuliers et les administrations. Ces procédés se révèlent en outre plus adéquats pour mettre fin à certains types de litiges car ils présentent dans la grande majorité des cas les avantages de la souplesse, de la rapidité et de la confidentialité.

Leur développement est encouragé par les désirs des justiciables qui aspirent à la mise en place de systèmes souples et accessibles de traitement et de règlement des litiges, faisant davantage place à la négociation, la concertation, la discussion, par opposition au système juridictionnel dirigiste, compliqué et contraignant. Les méthodes plus flexibles, consensuelles et pacifiées jouissent d'un regain d'intérêt. C'est ce qui explique en grande majorité le succès récent des modes alternatifs de résolution des litiges. Ainsi, la plupart des états occidentaux ont été amenés à réagir sur le plan normatif pour reconnaître et le cas échéant encadrer le développement de ces procédés.

Un rôle de complément de la protection juridictionnelle a été largement assigné à ces modes alternatifs de règlement des litiges par les droits communautaire et européen soucieux notamment d'améliorer les conditions d'accès à la justice.

Ainsi cet encouragement, au niveau européen, a pris la forme de programmes d'action ou d'incitation au recours aux modes alternatifs de résolution des litiges dans diverses recommandations qui la plupart du temps et en pratique servent de guide aux législations nationales. La dernière recommandation du Conseil de l'Europe en la matière a été adoptée par le Comité des ministres en septembre 2001⁷⁰. Elle encourage l'émancipation de ces mécanismes tout en encadrant la mise en œuvre. Elle met l'accent tout d'abord sur le fait que l'accroissement constant du nombre d'affaires portées devant les tribunaux compétents en matière administrative peut « porter atteinte aux droits des justiciables à ce que leur cause soit entendue dans un délai raisonnable » et que « les procédures juridictionnelles peuvent ne pas toujours être les plus appropriées en pratique à la solution des différends d'ordre administratif ». Elle considère alors que « la généralisation du recours à d'autres modes de

⁷⁰ Recommandation Rec. (2001)9 du comité des ministres aux Etats membres sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées adoptée le 5 septembre 2001.

règlement des différends administratifs peut permettre de remédier à ces inconvénients et de rapprocher l'administration du public »⁷¹. La certitude de leur utilité est désormais acquise au niveau européen.

De la même manière, le droit communautaire a lui aussi encouragé ce mouvement et a, à plusieurs reprises, souligné l'importance qu'il accorde aux modes alternatifs de règlement des litiges transfrontaliers. Pour citer un exemple parmi tant d'autres, une directive relative au commerce électronique adoptée en juin 2000 a imposé que « les Etats membres veillent à ce que leur législateur ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national... ».

On a donc assisté depuis une trentaine d'années à un essor considérable de ces procédés, pour des raisons essentiellement conjoncturelles et structurelles. Le système administratif français n'a pas été épargné par ce mouvement.

B) Les concrétisations de cet engouement en contentieux administratif

Jusque dans les années 1970, le droit administratif français était caractérisé par l'insuffisance d'intérêt que ce dernier portait sur les modes alternatifs de résolution des conflits au détriment même de la défense des administrés tant il était focalisé sur les vertus du règlement juridictionnel des litiges. Mais par la suite, il va subir l'influence de l'engouement généralisé évoqué ci-dessus pour ce type de procédés. La création par le législateur d'institutions comme le médiateur de la République, la Commission nationale informatique et libertés, ou encore la Commission d'accès aux documents administratifs témoigne de ce mouvement. Cette question va alors devenir récurrente dans le contentieux administratif. Le Conseil d'Etat y a consacré depuis 1980 pas moins de trois études⁷², une commission d'enquête sénatoriale a, en 1992, prôné leur mise en oeuvre⁷³, la doctrine s'est fréquemment penchée sur le sujet⁷⁴, ces études ont souvent donné lieu à de nombreux plaidoyers en leur faveur.

⁷¹ Voir § 5,6 et 7 ; recommandation préc.

⁷² Conseil d'Etat, « La prévention du conseil administratif », *E.D.C.E.*, 1981 ; Conseil d'Etat, « La prévention du contentieux administratif », *E.D.C.E.*, 1987-1988 ; Conseil d'Etat, « Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative », *La Documentation française*, 1993.

⁷³ Sénat, rapport n°400 de la commission d'enquête chargée de recueillir tous les éléments d'information sur le fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif et l'exécution de leurs décisions ainsi que sur les services chargés du contentieux administratif dans les administrations publiques, *J.O.R.F.*, éd. Documents Sénat, 11 juin 1992, Président Hubert Haenel.

⁷⁴ Voir en outre pour des études globales : Dossier, « Les modes alternatifs de règlement des litiges », *A.J.D.A.*, 1997, p. 1 et svt ; P. KAYSER, « La recherche en France de la diminution des contentieux judiciaire et administratif par le développement des règlements amiables », *Justices*, n°3 janvier/juin, 1996, p. 203.

La plupart de ces modes alternatifs de résolution des litiges sont importés du droit privé, d'autres, et notamment les recours administratifs, le cas échéant préalables obligatoires à la saisine du juge, sont propres au droit administratif. L'ensemble de ces techniques développées en droit administratif, repose, à l'image de ce qui se passe dans les autres systèmes juridiques, sur une même idée, favoriser un règlement consensuel des litiges.

Contrat réglant un litige né ou à naître par des concessions réciproques, la transaction, mécanisme ancien, est par définition le produit d'un consensus entre les parties⁷⁵. Elle peut intervenir en cours d'instance, on parle alors de transaction juridictionnelle, ou être conclue par les parties en dehors de toute saisine du juge, on parle alors de transaction extra juridictionnelle. Son champ d'application reste limité, le recours à la transaction administrative ne saurait être admis dans le cadre du contentieux objectif dans lequel le juge est saisi d'une question de légalité. Le contentieux du recours pour excès de pouvoir étant d'ordre public, on ne peut renoncer ni à l'exercice de ce recours, ni au bénéfice de la chose jugée. C'est donc dans le contentieux de pleine juridiction ou sont en cause des droits subjectifs que le recours à la transaction a été ouvert. Longtemps resté marginal dans certains secteurs, tant la doctrine que les institutions publiques sont par conséquent venues encourager son utilisation⁷⁶. Ce procédé a également fait l'objet de nombreux aménagements ces dernières années⁷⁷. Ce mouvement illustre la place qui lui est conférée dans l'ordre juridique administratif français et l'attention qui lui est portée.

Autres procédés traduisant la justice hors du juge : la conciliation et la médiation. La différence entre ces deux modalités de résolution des litiges n'est pas toujours très claire. La conciliation a pour objet d'amener les parties à trouver entre elles un point d'accord commun, sans que le conciliateur prenne lui-même position. Dans le cadre de la médiation, l'intermédiaire exerce un rôle plus actif, il propose une solution. A l'instar de la transaction, ces deux mécanismes ont également vocation à se développer dans le domaine des droits subjectifs, celui de la légalité ne s'y prêtant guère. La conciliation bénéficie d'une faveur particulière, elle est souvent encouragée par les autorités publiques.

⁷⁵ G. CHAVRIER, « Réflexions sur la transaction administrative », *R.F.D.A.*, 2000, p. 548.

⁷⁶ Conseil d'Etat, « Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative », *La Documentation française*, 1993 ; Circulaire en date du 15 février 1995, JO du 15 février 1995, p. 2522. ; *D.*, 1995, légis., p. 197.

⁷⁷ Voir notamment C.E., avis, 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses, Rec. p. 433, voir notamment *C.J.E.G.*, 2003, p. 543.

L'arbitrage⁷⁸, initialement et par principe prohibé pour les personnes publiques, a malgré tout connu un développement important sous l'impulsion du législateur français qui a multiplié les hypothèses où par exception il est possible d'y recourir. Ce phénomène concerne essentiellement la responsabilité contractuelle ou extra contractuelle.

Les recours administratifs éventuellement obligatoires, technique à la différence des précédentes, propre au droit public, s'inscrivent indéniablement dans cette évolution. Nous l'avons vu, intervenant au niveau administratif en amont du recours au juge, ils sont de nature à contribuer, d'une part à l'amélioration des rapports entre administration et administrés, d'autre part au désengorgement des juridictions administratives, problématiques à l'origine du développement des modes alternatifs de résolution des litiges.

Cela explique l'essor qu'ils ont connu ces derniers temps. Les réserves initiales vis-à-vis de cette technique sont mises de côté. Les préjugés sont volontairement occultés. Le changement de perspective est palpable. Alors que les pouvoirs publics se sont pendant un temps largement attachés à dévaloriser les recours administratifs préalables obligatoires, ils ont parallèlement contribué à leur multiplication. A été en pratique engagée une réévaluation de ce procédé.

Section 2 : L'amorce progressive d'une revalorisation du mécanisme

Ce développement s'est fait en deux temps. Ont été tout d'abord, et contre toute attente, instauré de nouveaux régimes de recours obligatoires, au coup par coup, de manière désordonnée, sans véritable ligne directrice. Ce mouvement a alors abouti à la mise en place d'un système caractérisé par une confusion totale (§1). Par la suite et plus récemment, ce phénomène s'est poursuivi tout en étant animé par une intention différente. On a davantage cherché à rationaliser ce mouvement, les autorités publiques ont fait preuve en la matière d'une plus grande cohérence. (§2)

⁷⁸ Pour une approche récente de cette technique : D. LABETOULLE, (entretien), « L'arbitrage n'est pas un troisième ordre de juridiction », *JCP Administration et collectivités territoriales*, avril 2007, n° 2093

§1 : Les incohérences initiales

La multiplication en pratique de nouveaux régimes de recours administratifs préalables obligatoires n'a pas été le fruit d'une volonté juridique prédéterminée. Ce phénomène a en effet été au départ impulsé pour des motifs essentiellement politiques (A). En a découlé dans les faits, d'une part une grande diversité dans les contentieux alors concernés (B), d'autre part de larges insuffisances dans les règles procédurales consacrées (C).

A) Un phénomène impulsé pour des motifs essentiellement politiques

Nous l'avons vu, la banalisation des procédures particulières de recours administratifs en tant que préalables obligatoires au recours juridictionnel ne répond pas à une volonté préétablie, justifiée par des raisons essentiellement juridiques. Ce mouvement semble davantage accidentel, reposant sur des motifs politiques différents selon les époques⁷⁹. Ainsi, Jean-François Brisson a pu, à ce titre, recenser trois générations de recours administratifs préalables obligatoires⁸⁰.

La première poursuivait selon lui comme objectif le renforcement du contrôle par les autorités supérieures du comportement de leurs subordonnés disposant d'un pouvoir décisionnel autonome. Georges Isaac résume bien ce phénomène en déclarant que « les princes ont consenti de bonne heure à être saisis des décisions de leurs serviteurs, car c'était là un moyen pour être informés et contrôler ; ce n'était donc qu'indirectement que les particuliers tiraient profit de cette technique »⁸¹.

La deuxième vague de recours obligatoires aurait débuté dans les années quarante avec l'instauration de procédures administratives décisionnelles faisant intervenir plusieurs organismes collégiaux, « le législateur ayant souhaité, pour des raisons techniques ou professionnelles, associer des instances représentatives au processus de la décision

⁷⁹ Est mis de côté le cas particulier de la matière fiscale où ce type de procédures a été institué dès 1928 concernant les réclamations relatives à l'assiette des impôts directs. Cette obligation a par la suite été étendue par une loi du 27 décembre 1963 à l'ensemble des « impôts, contributions, droits, taxes, redevances, pénalités de toute nature établis ou reconnus par les agents de la direction générale des impôts ». Depuis, et plus ponctuellement, cette obligation a été consacré pour le contentieux de recouvrement de diverses créances publiques.

⁸⁰ J.F. BRISSON, « Régler autrement les litiges : les recours gracieux et hiérarchiques, voie alternative de protection des administrés ? », *R.D.P.*, 1996, p. 814 ; J.F. BRISSON, « *Les recours administratifs en droit public français* », *L.G.D.J.*, 1996, p. 45 ; voir également sur ce point : J-M AUBY, « Les recours administratifs », *A.J.D.A.*, 1955, p. 122-123.

⁸¹ G. ISAAC, « *La procédure administrative non contentieuse* », *L.G.D.J.*, 1968, p.618.

administrative ». La première manifestation de cette volonté a concerné le contentieux du remembrement rural⁸². Le domaine de l'organisation professionnelle a été également largement concerné par ce phénomène.

Enfin, la troisième génération, même si elle ne peut être totalement dissociée des deux précédentes, est née à partir des années soixante et avait vocation à contenir le flot des contentieux déferés aux juridictions administratives. Même le Conseil d'Etat dans cette dernière perspective, et conscient des avantages en la matière de ce mécanisme a développé une politique jurisprudentielle volontariste se servant de l'imprécision des textes instituant ce type de procédure pour consacrer l'obligation du recours préalable.

Dès lors, une des utilités fondamentales des recours administratifs préalables obligatoires, à savoir l'amélioration des relations entre administration et administrés, semblait donc totalement ignorée, occultée. Les recours administratifs s'inscrivent indéniablement dans cette problématique dans la mesure où ils favorisent l'ouverture d'un dialogue entre particuliers et services administratifs qui vient assouplir la rigidité initiale de leurs rapports. Il semble néanmoins, et c'est regrettable, que ce phénomène ne soit qu'accidentel, involontaire, et ne résulte aucunement d'une intention prédéterminée.

Le développement des recours obligatoires semble avoir été guidé uniquement par l'intérêt de l'administration et des autorités publiques en général, par des préoccupations essentiellement politiques et conjoncturelles et n'a pas été appréhendé comme un mécanisme favorable aux administrés susceptible d'améliorer leur situation face aux pouvoirs exorbitants et au caractère dirigiste de l'administration. Seuls les besoins de cette dernière ont été pris en considération dans un premier temps.

Ainsi et pour résumer, « le recours administratif (a perdu) sa logique initiale de protection des administrés pour s'infléchir vers deux autres lignes directrices : la logique préjuridictionnelle d'une part, la logique du contrôle interne de l'administration d'autre part »⁸³.

L'hétérogénéité des objectifs ainsi poursuivis a abouti à l'instauration de nouveaux régimes de recours administratifs préalables obligatoires dans des domaines très diversifiés.

⁸² Les décisions des commissions communales de remembrement rural doivent être portées devant une commission départementale préalablement à la saisine du juge. Voir C.E., 13 juin 1958, Esnault, Rec. p. 343.

⁸³ M-H. DOUCHEZ, « Carences du recours administratif dans sa fonction de garantie des droits des citoyens », *Mélanges Mourgeon, Bruylant*, 1998, p. 667.

B) L'extrême diversité des domaines concernés

L'instauration au coup par coup, largement désordonnée des obligations de recours administratifs préalables tout au long du XX^{ème} rend compliqué toute tentative de recensement des principaux recours administratifs obligatoires en droit français. « La liste des recours administratifs obligatoires, toujours fluctuante, ne saurait obéir à une classification déterminée à priori ». ⁸⁴ Certains auteurs s'y sont malgré tout essayés et ont réussi, sans que les listes proposées prétendent à l'exhaustivité à classer la majorité des préalables obligatoires dans des catégories plus générales ⁸⁵.

Tant le contentieux de pleine juridiction que le contentieux de l'excès de pouvoir ont été concernés par la banalisation des recours administratifs préalables obligatoires.

1) S'agissant en premier lieu du contentieux de pleine juridiction.

Les recours administratifs préalables obligatoires ont été développés en matière de contentieux fiscal, électoral et contractuel.

Tout d'abord, nous avons vu précédemment les principaux cas où un recours obligatoire est imposé dans le domaine fiscal. L'ensemble de ce contentieux a progressivement été concerné par ce mouvement (détermination de l'assiette des différents types d'impositions, modalités de recouvrement notamment). Ce phénomène a d'ailleurs fait de la matière fiscale l'exemple le plus significatif du développement et du bon fonctionnement de la technique des recours administratifs obligatoires.

Ensuite, en matière électorale, Jean-Jacques Thouroude avait justifié l'institution de recours obligatoires dans ce domaine par « la nécessité de vérification administrative de la régularité d'une investiture publique, car il s'agit en l'occurrence de constituer des corps administratifs chargés de faire marcher un service public ». Cette obligation se retrouve entre autre concernant les élections dans la fonction publique, dans l'enseignement, dans les organismes professionnels. Ainsi, par exemple, les contestations relatives aux élections des membres des commissions administratives paritaires doivent être, préalablement au recours

⁸⁴ A. LOUVARIS, V° Introduction de l'instance ; recours administratifs préalables, *J.C.J.A.*, t.1, fasc. n° 41, 2002.

⁸⁵ Voir en ce sens E. PREVEDOUROU, « *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droit allemand et français* », L.G.D.J, 1996, p. 114 et svt ; D. TRUCHET, V° Recours administratifs, *R.D.C.A.*, Tome 3, 2000 ; A. LOUVARIS, Voir « Introduction de l'instance ; recours administratifs préalables », *J.C.J.A.*, t.1, fasc. n° 41, 2002 ; C.J.A., commentaire sous l'art. R 421-2, 2006, p. 428 ; R. CHAPUS, « Droit du contentieux administratif », Collection Domat Droit public, Monchrestien, 12^e édition, 2006, p. 400 et svt.

juridictionnel, portées devant le ministre dans un délai de cinq jours⁸⁶. De même, le recours contre les élections universitaires « n'est recevable que s'il a été précédé d'un recours préalable devant la commission de contrôle des opérations électorales »⁸⁷. On retrouve des obligations de recours similaires dans l'enseignement primaire et l'enseignement public secondaire.

Enfin, en matière contractuelle, les cahiers des charges des marchés publics disposent que les cocontractants de l'administration ne peuvent saisir la juridiction compétente qu'après avoir adressé à l'autorité contractante un mémoire exposant les motifs et l'objet de leur réclamation. Le non respect de ces clauses entraîne l'irrecevabilité des recours juridictionnels⁸⁸. Ce même préalable peut également être imposé par des contrats sans lien avec un cahier des charges.

Il convient également de préciser que l'article 13 de la loi du 31 décembre 1987 avait pour vocation d'entraîner une généralisation de ce mécanisme à l'ensemble des actions mettant en jeu la responsabilité extracontractuelle de l'administration et aux litiges contractuels. Cette disposition nous l'avons vu n'a pas eu l'effet escompté.

2) S'agissant en second lieu du contentieux de l'excès de pouvoir.

Dans ce domaine, les obligations de recours se sont également multipliées. Elles sont parfois posées de manière explicite par les pouvoirs normatifs, et dans la grande majorité des cas déduites des textes par le juge administratif.

Tout d'abord, cette obligation de recours administratif préalable obligatoire est fréquente dans le contentieux des ordres professionnels. Les réglementations de ces organismes consacrent en général une obligation de recours contre les décisions des instances inférieures afférentes à l'inscription aux tableaux des ordres devant les instances ordinales supérieures ou devant le ministre compétent. C'est le cas pour les ordres des médecins, architectes, experts-comptables, vétérinaires⁸⁹.

Ensuite, cette technique a connu un essor important dans le contentieux relatif à la santé publique, la sécurité sociale et l'aide sociale. A titre d'exemple, les autorisations de créations

⁸⁶ Décret n° 82-451 du 28 mai 1982, article 24.

⁸⁷ Décret n° 85-59 du 18 janvier 1985, article 4.

⁸⁸ Voir entre autres C.E., 18 décembre 1981, Denic et Queinnec, *D.A.*, 1982, n°17 ; C.E., 4 février 1991, Office HLM Communauté urbaine de Bordeaux, *R.D.P.*, 1992, p. 1564.

⁸⁹ Voir successivement : C.E., 2 février 1955, Dame Courant- Hugenschmitt, *Rec. p.* 783 ; C.E., 17 juillet 1953, Sieur Minguet, *Rec. p.* 384 ; C.E., 25 avril 1975, Bierge, *Rec. p.* 266 ; C.E., 2 novembre 1990, Tostain, *Rec. p.* 110.

ou d'extension des établissements sanitaires privés demandées aux préfets de région doivent le cas échéant, avant toute saisine du juge, faire l'objet d'un recours administratif devant le ministre de la santé⁹⁰. De même, les réclamations contre les décisions des organismes ou services chargés du paiement de l'aide personnalisée au logement ou de la prime de déménagement doivent être soumises préalablement à toute instance juridictionnelle aux commissions départementales de l'aide personnalisée⁹¹.

En outre, le contentieux relatif à l'autorisation d'exercer une profession ou une activité ainsi que le contentieux social sont souvent concernés par ce type d'obligation. Dans le premier cas, les décisions des organes administratifs considérés doivent le cas échéant faire l'objet d'un recours devant l'instance supérieure avant l'introduction d'une requête devant le juge. On retrouve ce préalable obligatoire notamment pour les professions d'opticien lunetier, de journaliste, concernant les banques et les établissements financiers également⁹². Dans le second cas, le code du travail prévoit dans plusieurs domaines des recours administratifs obligatoires exercés dans des conditions relativement strictes. Il en est ainsi par exemple en matière de licenciement des salariés protégés dont l'éventuel recours juridictionnel contre la décision de l'inspecteur relative au licenciement doit être précédé d'une réclamation auprès du ministre du travail⁹³.

De plus, on retrouve une telle obligation de recours administratif préalable tant dans le domaine de l'agriculture que dans celui du contentieux de l'urbanisme. A ce titre, sont obligatoires les recours préalables concernant les opérations de remembrement rural, les demandes d'agrément des groupements agricoles d'exploitation en commun, les autorisations de travaux sur les immeubles situés dans le champ de visibilité d'un monument historique, les décisions relatives à l'urbanisme commercial⁹⁴.

Enfin, le contentieux relatif à l'accès aux documents administratifs n'a pas échappé à l'instauration de ce type d'obligation. En cas de refus de l'administration de communiquer les

⁹⁰ Loi n°70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière.

⁹¹ C.E., 10 juillet 1987, Dame Auger, Rec. p. 870.

⁹² Voir successivement : C.E., 29 mai 1963, Ministre de la santé publique et de la population et Sieur Maurel, Rec. p. 334 ; articles R 761-15 al. 2 et R 761-16 1^{er} al. ainsi que C.E., 29 juin 1983, Forest, Rec. p. 279 ; notamment C.E., 27 février 1959, Société française de participation Rec. p. 147. concernant l'obligation de recours devant la commission de contrôle des banques contre le retrait d'enregistrement d'un établissement financier par le Conseil national du crédit.

⁹³ Article R 436-6 du code du travail ; C.E., 11 février 1983, Ministre du travail et de la participation et autre, Rec. p. 63.

⁹⁴ Successivement Article L 121-7 et L 121-10 du Code Rural ; loi n° 62-917 du 8 août 1962 et décret d'application n° 64-193 du 3 décembre 1964 ; loi du 31 décembre 1913 relative aux monuments historiques ; C.E., 25 février 1983, Union des commerçants artisans et industriels de Parthéney, Rec. p. 80.

documents demandés, le particulier doit saisir la Commission d'accès aux documents administratifs, autorité administrative indépendante⁹⁵.

Ainsi, la multiplicité et l'hétérogénéité des domaines concernés par le mécanisme des recours administratifs préalables obligatoires aboutit à entretenir l'incertitude en la matière vis-à-vis des administrés, nous y reviendrons. Cette tentative d'énumération a d'ailleurs poussé Eugénie Prévédourou⁹⁶ à constater que « l'état du droit positif français en matière de recours administratif préalable obligatoire est dispersé, foisonnant, complexe et incompréhensible ».

Ce constat, concernant le champ d'application de ce mécanisme vaut également pour le régime procédural qui y est attaché

C) La faiblesse générale des aménagements procéduraux consacrés

Le fait que la multiplication des recours administratifs préalables obligatoires ait été dans un premier temps engagée essentiellement dans l'intérêt de l'administration explique que l'organisation de ce type de recours tient davantage compte des particularités et des besoins de cette dernière que de la nécessité de protéger et de garantir les droits des administrés dans l'exercice de ce type de réclamation. Alors même que la régulière introduction de ces procédures particulières constitue une condition de recevabilité de tout recours devant un juge, les autorités législatives, administratives et juridictionnelles « ne se sont guère préoccupées de donner à ces recours un aménagement de nature à les rapprocher des recours juridictionnels ». Dès 1955, Jean-Marie Auby avait donc relevait cette regrettable lacune⁹⁷. Or, il est impossible de se satisfaire en la matière d'un système incomplet, souvent défectueux tant la mise en œuvre inadéquate du mécanisme des recours obligatoires peut avoir des répercussions sur la sauvegarde des principales garanties fondamentales des justiciables (droit au juge, sécurité juridique...)

Non seulement les garanties attachées à ce type de mécanisme ne sont pas suffisantes, donc défailtantes, mais en plus elles se caractérisent, à l'image des domaines concernés par l'obligation de recours, par une diversité significative, laquelle constitue une source de complication considérable empêchant une bonne assimilation de ce système. On retrouve tout d'abord ces disparités concernant la qualité pour agir et la détermination des délais de recours. Mais surtout, une analyse poussée de ces différents recours révèle une grande variété des

⁹⁵ C.E., 19 février 1982, Madame Commaret, Rec. p. 78 concl. P. Dondoux, *D*, 1983, p. 24.

⁹⁶ E. PREVEDOUROU, « *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droit allemand et français* », L.G.D.J, 1996.

⁹⁷ J-M AUBY, « Les recours administratifs », *A.J.D.A.*, 1955, p. 117.

procédures applicables. Deux types de critères de distinction conditionnent alors l'existence d'un régime procédural plus ou moins favorable aux particuliers. D'une part, le caractère plus ou moins satisfaisant de ce dernier variera selon que le recours doit être intenté devant un administrateur actif ou un organisme *ad hoc* spécialement constitué. D'autre part, la protection des administrés gagnera en intensité si l'on substitue à la transposition quasi systématique au recours obligatoire du régime juridique applicable au recours facultatifs, l'instauration de procédures davantage formalisées.

Dès lors, la disparité dans ces aménagements procéduraux illustre de manière implicite le caractère trop parcellaire, fragmentaire du régime procédural de chaque recours obligatoire. Or face à l'expansion qu'a connu cette technique, il n'est plus possible de se contenter d'un système insuffisant, défaillant, attentatoire au principe de sécurité juridique, de procédures qui aboutissent le plus souvent à l'édition de décisions implicites et qui sont trop peu formalisées, d'une organisation la plupart du temps attentatoire au principe du contradictoire, aux droits fondamentaux des particuliers en général.

C'est pourtant et malheureusement l'état du droit qui pendant trop longtemps à dominé la matière.

L'émancipation plus récente des recours administratifs préalables obligatoires, du fait certainement, d'une part, d'une prise de conscience des lacunes initiales du système, d'autre part du regain d'intérêt pour un tel mécanisme, semble être animée par une autre intention. A un développement au départ désordonné et incohérent va se substituer un développement davantage réfléchi et moins dispersé. Un effort de rationalisation a indéniablement été récemment engagé.

§2 : La rationalisation actuelle

Un début de généralisation des recours administratifs préalables obligatoires est aujourd'hui indéniablement amorcé. La méthode adoptée par les pouvoirs publics concernant l'institution de nouveaux régimes de recours obligatoires semble avoir ces dernières années changée et témoigne d'une approche plus pragmatique de la matière. Au lieu de continuer à instaurer ces préalables obligatoires dans des contentieux très diversifiés, largement hétérogènes, sans véritable fil conducteur, les autorités se sont centrées sur les domaines caractérisés par des contentieux quantitativement importants (A). Des dispositions générales

ont été prises en ce sens. Face aux succès que ces nouvelles procédures ont rencontrés, un désir de poursuivre cette évolution s'est largement manifesté (B).

A) L'institution cohérente de l'obligation de recours dans des contentieux quantitativement importants

Nous l'avons vu, la prévention du contentieux est une des préoccupations essentielles du juge administratif. Ainsi, la Section du Rapport et des Etudes du Conseil d'Etat a rappelé la nécessité de mener « une politique active de prévention du contentieux afin d'éviter que des litiges inutiles ou superflus viennent encombrer les juridictions ». Cette politique, selon elle devait être « poursuivie et accentuée dans tous les domaines où compte tenu notamment de la fréquence des litiges constatés, elle s'avèrerait certainement bénéfique »⁹⁸. Elle avait à l'époque cité à titre d'exemple « le secteur de la fonction publique de l'Etat ou le nombre d'affaires s'accroît ». Par ces constats, le Conseil d'Etat avait en quelque sorte élaboré un mode d'emploi devant guider les pouvoirs normatifs dans l'instauration de nouveaux régimes de recours administratifs préalables obligatoires. L'approche alors adoptée par la Haute juridiction administrative cadrait parfaitement avec le premier objectif attribué à ce mécanisme. La nécessité d'une rationalisation du mouvement de généralisation devait prendre le pas sur une appréhension désordonnée et irréfléchie de ce procédé.

L'institution de préalables obligatoires, pour être méthodique doit prioritairement concerner les litiges les plus importants en nombre, souvent répétitifs et posant peut de problème de droit pour lesquels une résolution au niveau administratif peut être plus adéquate qu'une solution purement juridictionnelle. C'est dans cette direction que les dernières évolutions en la matière se sont inscrites.

Tout d'abord, un décret du 2 avril 1996 a prévu pour les personnes détenues la possibilité de former un recours hiérarchique préalable contre les décisions prises à leur égard⁹⁹ devant le directeur régional duquel dépend l'établissement. Le nombre de ces recours à légèrement cru au cours des dernières années. A titre d'exemple, pour les régions Rhône Alpes et Auvergne, de 38 recours en 1996, ce nombre est passé à 82 en 2003, 54 en 2004, 95 en 2005, et 100 en 2006¹⁰⁰.

Ensuite, l'article 23 de la loi du 30 juin 2000 relative aux procédures d'urgence devant les juridictions administratives a posé que, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat,

⁹⁸ Conseil d'Etat, « La prévention du contentieux administratif », *E.D.C.E.*, 1987-1988, p. 41.

⁹⁹ Décret n°96-287 du 2 avril 1996 ; art. D 250-5 du code de procédure pénale.

¹⁰⁰ P. Mounaud, Directeur régional des services pénitentiaires, Lyon, acte du Congrès pénitentiaire de Pau, 24 et 25 mai 2007, (à paraître).

les fonctionnaires et les militaires devaient désormais présenter un recours administratif avant toute saisine du juge contre les actes relatifs à leur situation personnelle, à l'exception de ceux concernant leur recrutement ou l'exercice du pouvoir disciplinaire. Cette disposition a pour l'instant été simplement mise en œuvre concernant les militaires par un décret du 7 mai 2001¹⁰¹. Un texte similaire pour les fonctionnaires n'a, à l'heure actuelle toujours pas été adopté. Bernard Stirn et Simon Formery expliquent cette inertie d'une part par « la difficulté qu'il y aurait à organiser un régime de recours préalable commun à l'ensemble des fonctionnaires et néanmoins compatible avec les spécificités des multiples corps composant la fonction publique », d'autre part, par l'incertitude sur la validité d'un décret pris en Conseil d'Etat et ayant vocation à régir la situation des agents de la fonction publique territoriale au regard du principe de libre administration des collectivités territoriales¹⁰².

De la même manière, le domaine des visas d'entrée sur le territoire français, qui représentait à la fin des années 1990 environ 10% des affaires entrées au Conseil d'Etat, compétent directement, a lui aussi, au début des années 2000 était concerné par la consécration d'un recours administratif préalable obligatoire¹⁰³. Après la mise en place de la commission des recours contre les refus de visas, le nombre de contentieux soumis au juge administratif a considérablement baissé. Alors qu'en 1999 et 2000, le Conseil d'Etat a enregistré respectivement environ 1800 et 1300 recours, il a été saisi en 2001 de 575 requêtes en la matière, de 251 en 2003¹⁰⁴. Par conséquent, l'afflux massif de requête, grâce à l'instauration dans ce domaine des recours administratifs préalables obligatoires notamment a pu être contenu.

De même, Jean-Luc Pissaloux, concernant le recours préalable obligatoire imposé pour les militaires, a fait état des résultats positifs de la réforme, parlant à propos de ce système d'une « expérience réussie, ... (d')une pratique désormais bien rodée et positive à maints égards »¹⁰⁵. Il met en lumière le nombre impressionnant de réclamations intentées auprès de la

¹⁰¹ Décret n° 2001-407 du 7 mai 2001 organisant la procédure de recours administratif préalable aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des militaires ; Code de l'administration, Litec 2006, p. 278 ; J. DUVIGNAU, « Le militaire et le juge administratif », Mémoire Master 2 Recherche Droit public fondamental, Université Montesquieu Bordeaux IV, p. 42 ; *Rev. Adm.*, 2002, p. 288.

¹⁰² Code de l'administration commenté par Bernard Stirn et Simon Formery, Litec, 2006, p. 276.

¹⁰³ Décret n°2000-1093 du 10 novembre 2000 instituant une commission de recours contre les décisions de refus de visas d'entrée en France ; Code de l'Administration, p. 280 ; C.E., 18 juin 2003, Anwarul, Rec. p. 900, *A.J.D.A.*, 2003, p. 1998.

¹⁰⁴ J.-C. BONICHOT, « Le recours administratif préalable obligatoire : dinosaure juridique ou panacée administrative ? », *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, « Juger l'administration, administrer la justice », Dalloz, 2007, p. 81.

¹⁰⁵ J.-L. PISSALOUX, « Une expérience réussie : le recours administratif préalable des militaires », *A.J.D.A.*, 2005, p. 1042.

commission de recours des militaires. Elle aurait été saisie depuis 2001 d'environ 2400 dossiers par an concernant essentiellement des questions de statut et de rémunération.

Ce mouvement récent tire un trait sur la complexité et la grande insécurité qui caractérisait initialement l'instauration des recours administratifs préalables obligatoires. Ainsi, les derniers régimes de recours administratifs préalables obligatoires créés avec une plus grande rationalité et davantage de méthode semblent en pratique effectivement jouer le rôle de filtre précontentieux qui leur été assigné.

Ce succès incite à poursuivre ce mouvement, d'ailleurs largement encouragée par les professionnels du droit.

B) Une volonté affichée de poursuivre ce mouvement

Ce mouvement de rationalisation a conduit à une remise en question de l'approche initialement hostile des recours administratifs préalables obligatoires. Une reconsidération, certes timide mais cependant opportune de ce procédé semble aujourd'hui amorcée. Ainsi, Jean-Claude Bonichot, se démarquant légitimement de la position adoptée par une grande majorité des auteurs a très récemment affirmé qu'il s'agissait « d'une bonne technique et qu'à condition qu'elle soit bien employée, elle (était) un moyen valable d'améliorer l'action publique et les conditions d'interventions des juridictions »¹⁰⁶.

Surtout et depuis quelques mois, ce désir a été exprimé à plusieurs reprises par les membres des juridictions administratives. Très vite après sa nomination à la Vice-présidence du Conseil d'Etat, Jean-Marc Sauvé a exposé les évolutions qu'il désirait engager au sein de l'institution¹⁰⁷. Interrogé entre autre sur la problématique de l'augmentation des contentieux devant les juridictions administratives, il a évoqué les solutions qu'il souhaitait privilégier pour y remédier. Après avoir mis l'accent sur l'explosion de la demande de justice administrative, en rappelant que le nombre de saisines des tribunaux administratifs a été multiplié par 8,5 en l'espace de trente ans et en évoquant les difficultés notamment du Conseil d'Etat à faire face à cet encombrement, le Vice-président de la Haute Assemblée a mis l'accent sur la nécessité « de miser sur le développement de la prévention des contentieux ». Il propose pour ce faire de multiplier les recours administratifs préalables en s'appuyant sur l'excellent fonctionnement de ces derniers en matière fiscale qui ont eu pour effet de prévenir environ 90% du contentieux en la matière. Il s'est par conséquent déclaré favorable à

¹⁰⁶ J-C. BONICHOT, référence préc. p. 82.

¹⁰⁷ Entretien de J-M. SAUVE, vice-président du Conseil d'Etat, *A.J.D.A.*, 2007, p. 556.

l'instauration de ces préalables dans le domaine de la fonction publique : « le recours administratif préalable a été mis en place dans la fonction publique militaire et a donné lieu à des résultats encourageants. Il doit être étendu à la fonction publique civile par étapes et j'espère qu'un décret pourra être publié sur ce sujet dans les tout prochains mois ». La volonté de donner son plein effet à l'article 23 de la loi du 30 juin 2000, aujourd'hui que partiellement mise en œuvre est indéniable.

De la même manière, au mois de mai, Bernard Even, président du Syndicat de la juridiction administrative, a exposé les attentes du Syndicat à l'égard du gouvernement nouvellement constitué en ce qui concerne la justice administrative¹⁰⁸. A l'instar de Jean-Marc Sauvé, il a à son tour exprimé son désir de voir l'exigence de recours administratif préalable obligatoire explicitement instituée dans le contentieux de la fonction publique, regrettant l'absence de parution d'un décret en ce sens avant les élections présidentielles. Il insiste également sur la nécessité de combiner cette instauration avec une réforme de l'organisation de l'administration. Il faut selon lui permettre à cette dernière d'exercer pleinement « cette fonction précontentieuse » pour que la procédure du recours administratif préalable n'aboutisse pas faute de moyens, à des réponses essentiellement implicites. De plus, il va plus loin que le nouveau Vice-président du Conseil d'état en prônant également l'extension de ce mécanisme dans les domaines du permis de conduire à points et du droit au logement opposable notamment. Il conclue en déclarant cette réforme « indispensable à la pérennité de la justice administrative dans un contexte de juridiciarisation croissante de la société française ».

L'évolution récente de la technique des recours administratifs préalables obligatoires, son développement davantage empreint de rationalité, semble favoriser l'émergence d'une nouvelle conception de ce procédé. Un nouveau souffle devrait désormais pouvoir lui être donné.

¹⁰⁸ B. EVEN, Interview, *A.J.D.A.*, 2007, p. 996.

Conclusion de la Partie 1 :

Le mécanisme des recours administratifs préalables obligatoires a pendant longtemps souffert de préjugés importants qui ont freiné son développement.

Négation de la fonction contentieuse de ces recours, crainte d'une résurgence de l'ancienne théorie du ministre juge, lacunes du régime juridique attaché à ce procédé, sont autant d'éléments, souvent infondés qui ont confiné ces recours à la marginalisation.

La capacité de cette technique à contribuer au désengorgement des juridictions administratives a cependant été très vite reconnue. En revanche, l'intérêt sous-jacent des recours administratifs préalables obligatoires, à savoir l'amélioration des rapports entre administration et administrés a été largement sous estimée.

Paradoxalement, de manière totalement contradictoire, en dépit du contexte largement hostile à une émancipation de ce mécanisme, des considérations politiques et conjoncturelles ont incité les principaux acteurs juridiques à occulter leurs réticences initiales. La nécessité de contenir les flux contentieux et la volonté de pallier les lacunes de la protection juridictionnelle des administrés notamment, ont induit en pratique et contre toute attente une sorte de développement accidentel et involontaire de ces recours. Les pouvoirs publics ont en effet rapidement été amenés à s'interroger sur l'opportunité des procédés de règlement amiable des litiges, parmi lesquels figure indéniablement le recours administratif préalable obligatoire.

En a découlé en pratique une revalorisation de ces derniers, dans un premier temps complètement désordonnée et incohérente, dans un second temps plus rationnelle et organisée.

Ainsi, si on pouvait penser ce mécanisme, du fait d'une méfiance manifeste et généralisée complètement voué à l'échec, la pratique a déjoué ce sentiment. Les recours administratifs préalables obligatoires ont finalement connu un essor considérable.

Un accueil favorable de ce mouvement reste cependant subordonné à la rénovation du fonctionnement et du régime juridique de ces recours. Les principaux problèmes de ce mécanisme tiennent effectivement plus à la pratique qui en est faite qu'à leur existence, leur véritable nature.

L'organisation des recours administratifs préalables obligatoires, du fait de l'hostilité initiale et générale attaché à ce procédé n'a pas fait l'objet d'une grande attention pendant des années. Elle a toujours été traitée de manière incidente. Le régime juridique de ce procédé fut pendant trop longtemps caractérisé par de larges insuffisances et d'importantes lacunes.

A l'activisme jusqu'ici mis en avant concernant l'instauration de nouveaux régimes de recours administratif préalable obligatoire, il convient alors de substituer un dynamisme dans l'aménagement de leur régime juridique trop lacunaire et défaillant.

Tout mouvement de généralisation de ce type de recours ne pouvait être envisagé qu'à cette condition.

Dès lors, la banalisation de ces recours offrait aux autorités normatives et au juge administratif l'occasion de le préciser. Ils ont valablement saisi cette opportunité. Les recours administratifs préalables obligatoires ont fait l'objet d'un regain d'intérêt. La jurisprudence a été sur ce point particulièrement fournie ces derniers temps, le législateur a été particulièrement actif en la matière.

Certains aspects du régime juridique des recours administratifs préalables obligatoires ont été heureusement clarifiés.

PARTIE 2

UN REGIME JURIDIQUE AUJOURD’HUI CLARIFIE

La démarche des autorités publiques ne peut être que saluée. Le régime juridique des recours administratifs préalables obligatoires souffrait indéniablement de lacunes, d’insuffisances, notamment au regard de la protection due aux administrés auteurs de ces recours, manques qu’il convenait de combler car de nature à freiner le développement de cette technique.

Des améliorations non négligeables ont donc été apportées tant concernant le fonctionnement du recours lui-même (Chapitre 1) que les modalités de son articulation, en cas d’échec, avec le recours contentieux (Chapitre 2).

Ces clarifications ont favorisé une approche plus positive de ce procédé et une meilleure acceptation de ce dernier par l’ensemble des acteurs de la société, au premier rang desquels se trouvent les justiciables.

Chapitre 1 : Une clarification du fonctionnement du recours administratif obligatoire

Les avancées récentes sur ce point sont manifestes d'une part en ce qui concerne les modalités de l'introduction du recours obligatoire par l'administré (Section 1), d'autre part concernant les exigences relatives à la réponse émise par l'administration saisie du recours (Section 2).

Section 1 : L'introduction du recours par l'administré

En la matière, tant le juge administratif que le législateur ont œuvré dans le sens d'une clarification progressive, tout d'abord de la détermination des délais de recours (Paragraphe 1), ensuite de la détermination de l'autorité destinataire du recours (Paragraphe 2).

§1 : La détermination des contours du délai de recours

Les précisions apportées ont concerné en premier lieu le point de départ du délai de recours (A), en second lieu les conséquences attachées au défaut de notification du délai de recours (B), en troisième lieu l'absence de régularisation en cas de non respect du délai de recours (C).

A) Les modalités de détermination du point de départ du délai de recours ont été précisées

La question du délai d'exercice des recours administratifs préalables obligatoires n'est pas réglée de manière uniforme. En principe, le délai de recours est réputé être le délai de droit commun, c'est-à-dire d'une durée de deux mois à compter de la décision préalable¹⁰⁹. Il arrive cependant et assez fréquemment que ces recours soient enfermés dans des délais différents, beaucoup plus brefs ou légèrement plus longs. A titre d'exemple, on peut évoquer les recours administratifs en matière de contentieux électoral dans la fonction publique, ou dans l'enseignement qui sont enfermés dans un délai de recours de cinq jours. De la même manière, les recours administratifs obligatoires, visés à l'article L.231-5-1 du Code du travail,

¹⁰⁹ C.E., 19 février 1982, Madame Commaret, Rec. p. 78 concl. P. Dondoux ; *Rev. adm.*, 1982, p. 277.

en matière de mise en demeure du directeur départemental du travail au chef d'un établissement afin de remédier à une situation dangereuse constatée dans son entreprise, doivent être intentés dans un délai de quinze jours.

La détermination du point de départ du délai de recours a très tôt posé un certain nombre de difficultés. L'enjeu sur ce point était non négligeable, cet élément ayant des répercussions sur l'appréciation de la forclusion et sur la règle de la prorogation du délai contentieux.

Le décret du 28 novembre 1983, relatif aux relations entre l'administration et les usagers¹¹⁰, aujourd'hui abrogé, et qui avait commencé à clarifier la procédure administrative non contentieuse, n'a pas été en la matière d'une grande utilité. En effet, par un arrêt de Section SA Laboratoire L. Lafon du 29 mars 1991¹¹¹, le Conseil d'Etat a considéré qu'un « recours administratif gracieux ou hiérarchique (ne présentait) pas le caractère d'une demande adressée à l'administration » au sens des dispositions du décret. Le juge administratif a exclu par conséquent l'application de ce texte aux recours administratifs préalables obligatoires et a de ce fait manqué une occasion de donner un minimum d'organisation un tant soit peu cohérente en la matière aux recours obligatoires devant être intentés par les administrés. La question de la détermination du point de départ des délais des recours administratifs est par conséquent restée pendant longtemps en suspens.

Les règles dans ce domaine ont été heureusement en partie clarifiées par la loi du 12 avril 2000¹¹² relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, loi qui avait pour objet de rendre les autorités administratives plus accessibles, plus transparentes, et plus efficaces.

L'article 16 de ce texte dispose que « toute personne tenue de respecter une date limite ou un délai pour présenter une demande, déposer une déclaration, exécuter un paiement ou produire un document auprès d'une autorité administrative peut satisfaire à cette obligation au plus tard à la date prescrite au moyen d'un envoi postal, le cachet de la poste faisant foi, ou d'un envoi par voie électronique, auquel cas fait foi la date figurant sur l'accusé de réception ou, le cas échéant, sur l'accusé d'enregistrement adressé à l'utilisateur par la même voie... ».

Cette disposition ne précisant pas exactement les demandes qui sont concernées par ces prescriptions¹¹³, son application aux recours administratifs n'était pas évidente. Le Conseil

¹¹⁰ Décret n° 83-1025, 28 novembre 1983, *A.J.D.A.*, 1983, p. 695 ; *A.J.D.A.*, 1984, p. 125 ; *D.*, 1984, chron., p. 137 notamment.

¹¹¹ C.E., 29 mars 1991, SA Laboratoire L. Lafon, Rec. p. 113 concl. P. Hubert, *A.J.D.A.*, 1991, p. 582 ; *R.F.D.A.*, 1992, p. 72.

¹¹² Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 dite loi DCRA ; *R.F.D.A.*, 2000, p. 725 ; *A.J.D.A.*, 2000, p. 471.

¹¹³ La rédaction de cette disposition est différente de celle de l'article 18 de la même loi qui vise expressément les recours gracieux et hiérarchiques.

d'Etat, revenant sur sa réserve initiale, est venu trancher en deux temps cette question. Il a dans un premier temps, conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement, considéré que l'article 16 ne saurait régir les conditions de délai dans lesquelles l'exercice d'un recours administratif a pour effet de conserver le délai de recours contentieux¹¹⁴. Par la suite, il est venu apporter un tempérament à cette règle en considérant que constituaient cependant des demandes au sens de l'article 16 de la loi de 2000 « les recours administratifs dont l'exercice constitue un préalable obligatoire ». Cette solution était prévisible. A la différence des recours administratifs de droit commun dont l'exercice n'est enfermé dans aucun délai¹¹⁵, la formation du recours administratif obligatoire dans le délai de recours contentieux constitue une condition de recevabilité de ce dernier. Les recours administratifs obligatoires rentrent indéniablement dans le cadre de l'article 16 puisqu'ils constituent des demandes pour lesquelles une date limite ou un délai doit être respecté, formulation retenue par la disposition précitée.

Ainsi et désormais, la règle selon laquelle la date figurant sur le cachet de la poste doit être prise en compte pour justifier du respect d'un délai qui s'impose aux administrés est applicable aux recours administratifs préalables obligatoires.

Un premier pas important a donc été franchi par le juge administratif. De même, des précisions importantes ont également été apportées concernant les conséquences de l'absence de notification, dans la décision, des voies et délais de recours.

B) Les conséquences attachées à l'absence de notification des voies et délais de recours ont été renforcées

L'article 9 du décret du 28 novembre 1983 précité dispose que « les délais de recours contre une décision administrative ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours, dans la notification de la décision ». Nous l'avons vu, ce décret, et à fortiori cette disposition, ne s'applique que pour les recours contentieux portés devant la juridiction administrative¹¹⁶. Sur ce point encore, en venant circonscrire le champ d'application, le pouvoir réglementaire suivi du Conseil d'Etat n'ont pas saisi

¹¹⁴ C.E., 21 mars 2003, Préfet de Police contre Madame Xiaowei Pan, Rec. p. 905, *A.J.D.A.*, 2003, p. 1345, concl. S. Austray.

¹¹⁵ C.E., 23 mars 1945, Vinciguerra, Rec. p. 56 : l'introduction du recours administratif dans le délai contentieux constitue simplement une condition à l'interruption du délai de recours contentieux et non pas une condition de recevabilité de ce dernier.

¹¹⁶ C.E., SA Laboratoire L. Lafon, précité.

l'opportunité qui leur était offerte d'améliorer sensiblement en matière de recours administratifs préalables obligatoires le sort des administrés concernés et de préciser ce pan de leur régime juridique. Or cette réserve est d'autant plus regrettable que, pour des raisons notamment d'équité et de sécurité juridique, il apparaissait nécessaire que l'obligation du recours administratif ait pour corollaire direct une information complète des particuliers relative à cette obligation et ses modalités d'exercice.

L'adoption d'une interprétation plus large de la notion de voie de recours comme ne se limitant pas aux simples recours juridictionnels et incluant les recours administratifs notamment obligatoires aurait été opportune.

L'état du droit dans ce domaine, longtemps resté lacunaire, a connu ces vingt dernières années des améliorations qui, sans être encore totalement satisfaisantes, ne doivent pas être négligées.

Ainsi en 1992 dans un arrêt Abit, à plusieurs reprises confirmé par la suite, le Conseil d'Etat est venu clarifier les règles en la matière. En l'espèce, le requérant avait omis de déférer au ministre la décision préfectorale lui retirant l'autorisation de faire fonctionner un établissement de santé privé. Le juge a considéré « que la circonstance de l'existence de ce recours ainsi que son caractère obligatoire n'ont pas été indiqués dans la notification de l'arrêté attaqué, si elle empêchait que cette notification fasse courir le délai du recours au ministre à l'égard du destinataire de l'arrêté, (était) sans incidence sur l'irrecevabilité de la demande directement présentée au tribunal »¹¹⁷. Ainsi, le Conseil d'Etat n'a tiré que partiellement les conséquences de l'absence de notification des voies et délais de recours. Les administrés, dans un tel cas, ne sont pas enfermés dans un délai précis pour intenter leur recours. En revanche, s'ils commettent la maladresse de saisir directement le juge d'un recours juridictionnel, le défaut de recours administratif implique l'irrecevabilité du recours juridictionnel.

L'article 19 de la loi du 12 avril 2000¹¹⁸, précisé par le décret du 6 juin 2001¹¹⁹ a repris à son compte cette jurisprudence, les recours administratifs étant désormais soumis au régime général des demandes adressées à l'administration¹²⁰. Le Conseil d'Etat y a cependant apporté un tempérament. Par exception à cette règle, il a considéré dans un avis contentieux

¹¹⁷ C.E., 1^{er} avril 1992, Abit, Rec. p. 826 ; voir également C.E., 24 janvier 1996, Blancard, *D.A.*, 1996, p. 24.

¹¹⁸ « Toute demande adressée à une autorité administrative fait l'objet d'un accusé de réception délivré dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat (...) Les délais de recours ne sont pas opposables à l'auteur d'une demande lorsque l'accusé de réception ne lui a pas été transmis ou ne comporte pas les indications prévues par le décret (...) ».

¹¹⁹ Décret n° 2001-492 pris pour l'application de la loi du 12 avril 2000 et relatif à l'accusé de réception des demandes présentées aux autorités administratives.

¹²⁰ C.E., 19 février 2003, Préfet de l'Hérault contre Houdane, Rec. p. 904.

de 2004 que les dispositions de l'article 19 n'étaient pas applicables aux recours administratifs formés par des tiers¹²¹.

Le droit en la matière, s'il a fait l'objet d'une évolution significative, reste marqué par une certaine incohérence, par un manque de clarté. Ce manque de lisibilité, entretenu par la loi du 12 avril 2000 qui constitue au final une sorte de combinaison de mesures ponctuelles et parfois laconiques nécessitant le plus souvent l'intervention du juge administratif, renvoie à la question récurrente de l'opportunité d'une unification des règles applicables en la matière, et nous reviendrons sur cette problématique, par le biais d'une réelle codification de la procédure administrative non juridictionnelle.

Le caractère partiellement satisfaisant de cette solution est cependant d'autant plus regrettable que le non respect éventuel de ce délai de recours ne peut être régularisé.

C) Le non respect du délai de recours ne peut être régularisé

Par principe, le recours administratif présenté après expiration du délai de recours prévu est déclaré irrecevable pour tardivité¹²². L'administration est même tenue de le rejeter, le Conseil d'Etat ayant jugé que cette dernière commettrait une illégalité en statuant sur la réclamation présentée hors délai¹²³. On trouve ici une conception de la notion de délai de recours dans la procédure administrative non contentieuse identique à celle adoptée concernant le délai de recours juridictionnel.

Surtout, les répercussions de cette omission sur l'exercice postérieur du recours juridictionnel sont assez rigoureuses. L'administré ne s'étant pas acquitté de son obligation préalable à la saisine du juge, son recours juridictionnel sera automatiquement rejeté pour irrecevabilité. Cet oubli, le non respect du délai imposé, ne peut donner lieu à aucune régularisation. Le Conseil d'Etat a en effet déclaré dans un arrêt Garrigues en date du 6 mai 1977 « qu'en l'absence de recours préalable, il appartenait au juge administratif de soulever d'office l'irrecevabilité de la requête (considérée) »¹²⁴. Par la suite, il a fermement confirmé cette solution à plusieurs reprises¹²⁵.

¹²¹ C.E., Avis 15 juillet 2004, Mr et Mme Damon, n° 266479, *A.J.D.A.*, 2004, p. 1926.

¹²² C.E., 14 février 1945, Vollet, Rec. p. 31 ; C.E., 5 mai 1986, Mme Dufour, Rec. p. 129.

¹²³ C.E., 23 mars 1945, Vercruyce, Rec. p. 58.

¹²⁴ C.E., 6 mai 1977, Garrigues, Rec. p. 208.

¹²⁵ Pour un arrêt récent en la matière : C.E., 22 novembre 2006, Association Squash rouennaise, n°289839, *A.J.D.A.*, 2006, p. 2256. En l'espèce, le Conseil d'Etat a déclaré que le défaut de saisine du Comité national olympique et sportif français préalablement à l'introduction du recours juridictionnel d'une association sportive en conflit avec sa fédération constituait un motif d'irrecevabilité insusceptible d'être couvert en cours d'instance pouvant être rejeté en vertu de l'article R 351-4 du code de justice administrative.

Le particulier perd par conséquent, et cette excessivité peut être discutée¹²⁶, toute possibilité d'exercer le recours juridictionnel que le recours administratif devait précéder. Autrement dit, en droit français, tant l'introduction *stricto sensu* du recours obligatoire que le respect du délai de ce recours conditionnent la recevabilité du recours juridictionnel.

Cette rigidité a plusieurs fois été justifiée par la fonction notamment de désencombrement des juridictions administratives poursuivie par les recours administratifs préalables obligatoires. « L'obligation n'aurait pas de sens, alors qu'elle a pour objet d'instituer un préliminaire de conciliation, si on acceptait que son oubli puisse être corrigé par l'exercice en cours d'instance, du recours imposé »¹²⁷. En cas de non respect de cette formalité obligatoire, demeure pour les administrés la seule possibilité, en principe, de saisir l'autorité d'un recours gracieux, nous y reviendrons.

A l'instar des contours du délai de recours qui ont été clarifiés, grâce notamment à un activisme important tant du juge administratif que du législateur, la détermination du destinataire du recours ainsi que les obligations qui lui incombent concernant la réception de la réclamation ont dans le même temps subi le même sort.

§2 : La détermination et les obligations du destinataire du recours

Sur ce point, ont été progressivement reconsidérées les questions suivantes : en premier lieu celle de l'existence d'une obligation de transmission en cas de saisine par l'administré auteur du recours préalable d'une autorité incompétente (A), en deuxième lieu celle de l'édition d'un accusé de réception du recours (B), en troisième lieu celle de l'articulation des compétences entre recours administratif obligatoire et recours administratif de droit commun (C).

¹²⁶ Dans l'hypothèse où les administrés, en l'état actuel du droit français, ne sont pas mis à même de bénéficier d'une information complète et entièrement satisfaisante quant à l'existence d'un préalable obligatoire et à ces conditions d'exercice, qui constitue qui plus est une condition de recevabilité du recours juridictionnel, l'absence de régularisation peut apparaître choquante si l'omission ou le retard reproché au justiciable peut être imputé à l'attitude de l'administration.

¹²⁷ R. CHAPUS, « *Droit du contentieux administratif* », Collection Domat Droit public, Monchrestien, 12^e édition, 2006, p. 407.

A) L'obligation de transmission en cas de saisine d'une autorité incompétente est désormais imposée

Traditionnellement, et selon une règle commune aux recours administratifs obligatoires et aux recours de droit commun, la présentation de ce type de recours à une autorité incompétente aboutissait à l'irrecevabilité de la réclamation. Si l'autorité saisie à tort statuait sur le recours, sa décision était alors entachée d'une illégalité tenant à son incompétence¹²⁸.

Cette solution apparaissait nécessairement préjudiciable pour les administrés. En effet, les particuliers, souvent dépassés par les subtilités du fonctionnement des structures administratives et de la procédure administrative, pouvaient alors croire à tort, faute de transmission, que leurs affaires étaient en cours d'examen, et perdre ainsi non seulement la faculté d'intenter un recours administratif mais surtout la possibilité d'introduire un recours juridictionnel et de faire sanctionner par le juge un éventuel manquement à ses obligations de l'administration. « Il serait abusif d'exiger des administrés sur la répartition des services des connaissances que les administrateurs eux-mêmes n'arrivent pas sans peine à acquérir »¹²⁹ et ce d'autant que la complexité du droit en matière de recours administratifs est indéniablement de nature à favoriser le risque d'erreur sur ce point chez les particuliers.

Cette lacune a d'abord été progressivement atténuée pour être heureusement totalement résorbée par la loi du 12 avril 2000¹³⁰.

Tout d'abord, le Conseil d'Etat a, en 1958, posé une obligation de transmission lorsque l'autorité saisie à tort et l'autorité réellement compétente appartiennent à la même personne morale de droit public¹³¹. Dans ses conclusions sous cette décision, le commissaire du gouvernement Braibant avait déjà proposé que soit substitué à la complexité du régime jurisprudentiel une obligation générale de transmission incombant à l'administration. Une exception à cette règle persistait, la transmission de la requête n'était en revanche pas imposée dans l'hypothèse où la nature des fonctions des autorités concernées excluait tout rapport hiérarchique¹³². Une jurisprudence similaire a ensuite été consacrée dans l'hypothèse où la détermination d'une compétence apparaissait délicate ainsi que dans le cas où l'autorité saisie

¹²⁸ C.E., 28 juillet 1951, Compagnie industrielle des téléphones, Rec. p. 477.

¹²⁹ J-M ; AUBY et R. DRAGO, « *Traité de contentieux administratif* », L.G.D.J., 3^{ème} édition, 1984.

¹³⁰ Loi DCRA, op. cit.

¹³¹ C.E., 13 juin 1958, Esnault, Rec. p. 343., concl G. Braibant.

¹³² C.E., 13 novembre 1981, Bartolomei, Rec. p. 420, *R.D.P.*, 1982, p. 809 : en l'espèce le Conseil d'Etat a considéré que le garde des Sceaux n'était pas tenu de transmettre le recours d'un magistrat du parquet concernant sa notation au procureur général.

était étroitement associée au fonctionnement de l'autorité compétente¹³³. Le Conseil d'Etat a fait preuve en la matière d'un dynamisme certain. Il a, de manière prétorienne, multiplié progressivement les hypothèses où la transmission d'une demande à l'autorité réellement compétente par celle indûment saisie devait être considérée comme une obligation.

Par la suite, si le décret du 28 novembre 1983¹³⁴ avait déjà prévu dans son article 7 une obligation de transmission à la charge de l'administration d'Etat, l'article 20 de la loi du 12 avril 2000 qui régit désormais la matière est rédigé de manière plus générale¹³⁵. Il a en outre un champ d'application plus étendu. En effet, tant les administrations d'Etat que celles des collectivités territoriales, que les établissements publics à caractère administratif, les organismes de sécurité sociale et autres organismes chargés de la gestion d'un service public administratif sont concernés par cette obligation de réorientation des dossiers. Surtout, cette disposition est applicable, sur le fondement de l'article 18 de la loi, aux recours gracieux et hiérarchiques adressés aux autorités administratives.

Les recours administratifs préalables obligatoires mal dirigés doivent désormais faire l'objet, par l'autorité illégitimement saisie, d'une réorientation systématique. On ne peut que s'en réjouir, une des lacunes initiales du régime juridique des recours obligatoires a été valablement résorbée.

Cependant, et malheureusement, même si ce progrès ne peut être que salué, la portée de cette disposition reste encore limitée. Elle n'est pas applicable aux établissements publics industriels et commerciaux, ni aux organismes de droit privé gérant une mission de service public ayant le même caractère. Les relations des autorités administratives et de leurs agents sont également exclues de son champ d'application. Dans ces différentes hypothèses, les règles jurisprudentielles, plus restrictives, continuent de s'appliquer. Un effort supplémentaire est donc souhaitable.

En plus de consacrer une obligation de transmission quasi générale, les pouvoirs normatifs ont également posé une obligation d'accuser réception des recours administratifs.

¹³³ Voir successivement, C.E., 20 mai 1960, Hennequin contre Ville de Paris, Rec. p. 350 ; C.E., 26 septembre 1986, Ville de Metz contre Masson, Rec. p.

¹³⁴ Décret du 28 novembre 1983, *op.cit.*

¹³⁵ L'article 20 alinéa 1^{er} de la loi du 12 avril 2000 dispose que « lorsqu'une demande est adressée à une autorité administrative incompétente, cette dernière la transmet à l'autorité compétente et en avise l'intéressé ».

B) L'obligation d'accuser réception des recours est enfin consacrée

Cette procédure de l'accusé de réception avait déjà été prévue par une loi de 1900 et un décret de 1964. Mais c'est le décret du 28 novembre 1983 qui va pour la première fois consacrer cette obligation. Son article 5 dispose que « les délais opposables à l'auteur d'une demande adressée à l'administration courent de la date de la transmission, à l'auteur de cette demande, d'un accusé de réception ». Après avoir dans un premier temps envisagé l'application de cette disposition aux recours administratifs, le Conseil d'Etat a finalement exclu cette possibilité¹³⁶.

La loi du 12 avril 2000 complétée par un décret du 6 juin 2001¹³⁷ sont venus confirmer et renforcer le caractère obligatoire de l'émission d'un accusé de réception. Ce dernier doit alors contenir les mentions suivantes : il doit indiquer la date de réception de la demande et celle à laquelle, à défaut de décision expresse, celle-ci sera réputée acceptée ou rejetée ; il doit désigner le service chargé du dossier ou l'agent à qui l'instruction a été confiée ; il doit préciser si la demande est susceptible de donner lieu à une décision implicite de rejet ou à une décision implicite d'acceptation. Ce texte prévoit également que « lorsque la demande considérée est incomplète, l'autorité administrative doit indiquer au demandeur les pièces manquantes dont la production est indispensable à l'instruction de la demande » et fixe un délai pour la réception de ces pièces. Comme la plupart des dispositions du titre II de cette loi, l'article 19 qui prévoit que « toute demande adressée à une autorité administrative fait l'objet d'un accusé de réception délivré dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat » est applicable aux recours administratifs le cas échéant obligatoires.

La consécration de cette obligation en matière de recours administratifs, loin d'être anecdotique, revêt au contraire un caractère fondamental puisqu'il constitue un outil d'information qui entre dans le cadre des droits de la défense de l'administré, un mode de preuve efficace de l'introduction du recours. Elle constitue un élément de nature à éviter la forclusion de l'administré et la privation éventuelle de son droit d'agir en justice contre la décision litigieuse. Les modalités d'introduction du recours par l'administré sont ainsi un tant soit peu formalisées, ce qui ne peut lui être que bénéfique, l'état du droit antérieur était sur ce point trop laconique, cantonnant le particulier auteur de la réclamation dans une incertitude générale largement critiquable. Les textes ici évoqués ont le mérite de remédier à cette

¹³⁶ Voir tout d'abord C.E., 30 octobre 1990, Etablissements Fabre contre Appol et Augier, Rec . p. 264, D.A., 1990, n°558 ; puis C.E., SA Laboratoire L. Lafon, précité.

¹³⁷ Loi 12 avril 2000 dite loi DCRA ; Décret n° 2001-492 pris pour l'application de la loi du 12 avril 2000 et relatif à l'accusé de réception des demandes présentées aux autorités administratives.

situation. Le déclenchement du délai de saisine du juge contre les décisions intervenant sur de tels recours est désormais valablement subordonné au respect de l'obligation de délivrance d'un accusé de réception satisfaisant. Une seule limite, déjà abordée, persiste. Elle est justifiée par la préoccupation de protéger les droits des bénéficiaires de la décision contestée. Les dispositions de l'article 19 ne sont pas applicables aux recours administratifs formés par les tiers¹³⁸.

Parallèlement à l'intervention du législateur, le juge administratif est venu préciser les modalités d'articulation des compétences entre recours obligatoire et recours de droit commun.

C) Les modalités d'articulation des compétences entre recours obligatoire et recours gracieux ont été clarifiées

La question se pose de savoir si en présence d'une obligation de recours administratif obligatoire, cette existence a pour effet de fermer au profit de l'administré toute autre voie de contestation et notamment l'introduction parallèle d'un recours administratif de droit commun.

Comme l'a constaté Jean-François Brisson, « l'essor contemporain des procédures particulières de recours administratifs contribue (...) à la marginalisation des recours administratifs de droit commun. (...) L'institution de procédures particulières porte atteinte dans les matières où elles sont organisées à la faculté qu'ont ordinairement les administrés de former un recours administratif de droit commun de nature à conserver le délai contentieux »¹³⁹.

A plusieurs reprises, le Conseil d'Etat a considéré que l'exercice d'un recours administratif préalable obligatoire excluait la possibilité pour l'administré de former un recours administratif ordinaire contre l'acte initial. Ainsi, seule l'autorité désignée par le texte instituant ce préalable pouvait valablement se prononcer sur la contestation considérée, toute autre autorité éventuellement saisie parallèlement se devant de refuser de statuer¹⁴⁰.

¹³⁸ C.E., Avis 15 juillet 2004, Mr et Mme Damon, n° 266479, *A.J.D.A.*, 2004, p. 1926.

¹³⁹ J.F. BRISSON, « *Les recours administratifs en droit public français* », L.G.D.J., 1996, p. 164.

¹⁴⁰ Voir notamment C.E., 29 mai 1963, Maurel, Rec. p. 334, en l'espèce le juge administratif a estimé que l'existence d'une obligation de recours auprès de la commission nationale d'optique lunetterie contre les décisions des commissions régionales « (excluait) la possibilité de former tout autre recours administratif ou contentieux contre la décision de la commission régionale ». Une solution similaire a été consacrée par un arrêt du 12 novembre 1958, Conseil supérieur de l'Ordre des architectes (Rec. p. 551.) concernant les décisions prises en la matière par les conseils régionaux qui doivent nécessairement être portées à la connaissance du Conseil supérieur de l'ordre des architectes.

Par la suite, la Haute Assemblée est venue préciser les contours de cette règle. Ainsi, en pratique, l'institution d'un recours obligatoire n'a pas en principe pour effet d'exclure toute possibilité pour les administrés d'intenter devant l'administration considérée un recours facultatif contre la décision initiale. Elle empêche simplement que ce dernier ait pour effet de conserver également le délai de recours contentieux. La rédaction de l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 1^{er} avril 1992 est sur ce point éclairante et revêt une portée générale : « l'existence de la procédure particulière (...) exclut dans tous les cas la possibilité d'autres recours administratifs de nature à conserver le délai de recours contentieux »¹⁴¹.

De la même manière, un raisonnement similaire a été adopté par la Haute Assemblée concernant l'introduction éventuelle d'une réclamation à l'encontre de la décision prise sur recours, à l'égard de la décision finale. Elle ne peut pas non plus faire à son tour l'objet d'un recours de droit commun de nature à conserver une nouvelle fois le délai de recours contentieux. Ce point sera par la suite abordé plus largement.

Au final, il découle de l'ensemble de ces observations la règle générale suivante : une autorité saisie d'un recours gracieux concernant une décision soumise à une obligation de recours imposée par un texte ou qualifiée comme telle par le juge peut procéder à son examen. Si le requérant peut toujours tenter d'obtenir par ce biais satisfaction, il ne peut plus en revanche se prévaloir d'un nouveau délai pour saisir le juge.

Ainsi, la volonté de protéger plus efficacement les administrés dans le cadre des recours administratifs préalables obligatoires et d'améliorer leur situation face à l'administration semble avoir largement dicté et influencé les évolutions juridiques en la matière, opérées par le juge administratif comme par le législateur, concernant les modalités d'introduction de ces recours obligatoires. Ce même souhait a également inspiré les changements apportés par la jurisprudence concernant l'attitude qui doit être adoptée par l'administration face au recours obligatoire.

¹⁴¹ C.E., 1^{er} avril 1992, Clinique de Maussins, concl. Abraham, Rec. p. 655, *A.J.D.A.*, 1992, p. 676.

Section 2 : La prise de position de l'administration

Les autorités publiques sont en la matière essentiellement intervenues à deux égards. D'une part, elles ont d'abord pris soin de renforcer partiellement les exigences attachées à l'examen proprement dit du recours préalable par l'administration (Paragraphe 1). D'autre part, et concernant cette fois-ci la décision prise sur recours, le juge administratif notamment est venu récemment revisiter le principe ancien dans ce domaine selon lequel la décision finale de l'administration se substitue à la décision initialement contestée (Paragraphe 2).

§1 : Le renforcement partiel des exigences dans l'examen du recours par l'autorité administrative

Plusieurs éléments ont en pratique contribué à l'amélioration de la situation des administrés dans l'exercice d'un recours administratif préalable obligatoire. Les modalités d'examen du recours par l'autorité administrative saisie ont été renforcées en ce sens. Pour ce faire, et en premier lieu, les interventions en la matière d'instances particulières ont été multipliées. Ce genre d'organismes se sont vus progressivement et régulièrement confier la compétence pour statuer sur ce type de réclamations (A). En second lieu, les autorités publiques, se heurtant à la mauvaise volonté de la plupart des services administratifs qui dans la majorité des cas ignoraient ce type de recours, ont cherché, par des biais détournés, à inciter les autorités saisies de ces réclamations à examiner au fond ces demandes (B).

A) Le renforcement des exigences dans l'instruction du recours par l'intervention d'organismes ad hoc

Chaque recours obéit à ses propres règles de compétences, les textes instituant l'obligation de recours déterminant également l'autorité compétente pour les examiner. En la matière et traditionnellement, ces règles de compétences étaient largement inspirées en France de l'esprit hiérarchique qui caractérisait l'action administrative. C'est ce qui explique que dans la grande majorité des cas ce soit le ministre compétent qui soit chargé de statuer sur les recours des administrés. Ainsi à titre d'exemple, les décisions préfectorales retirant ou suspendant une autorisation d'exercer en secteur privé dans un hôpital public doivent faire

l'objet en vertu de l'article 20 du décret du 25 novembre 1987, et préalablement à toute instance juridictionnelle, d'un recours hiérarchique devant le ministre de la Santé.

Cependant et en pratique, les interventions d'organismes particuliers parfois spécialement constitués à cet effet se sont multipliées¹⁴². Il est en effet de plus en plus fréquent en droit français, soit que la compétence pour statuer sur le recours obligatoire revienne à des autorités administratives collégiales, à des instances particulières, soit que les textes instituant l'obligation fasse intervenir dans le processus d'examen du recours des instances consultatives.

Plusieurs cas de figure sont alors envisageables. Dans certaines hypothèses, le législateur a mis en place plusieurs instances administratives successives. Le plus souvent, l'organisme du second degré est alors saisi du recours contre la décision du premier organisme. On retrouve cet enchaînement par exemple en matière de remembrement rural, les décisions des commissions communales d'aménagement foncier sont portées à la connaissance des commissions départementales¹⁴³, dans le cadre des contentieux des ordres professionnels, ou encore en matière d'urbanisme commercial où une loi du 29 janvier 1993 a créé la commission nationale d'équipement commercial¹⁴⁴. Dans d'autres cas, la compétence pour statuer sur le recours obligatoire peut être confiée à une autorité administrative collégiale qui se situe alors en dehors de la hiérarchie administrative. Pour le contentieux relatif aux élections universitaires par exemple, l'acte de proclamation des résultats en cas de recours préalable est soumis à l'une des commissions de contrôle des opérations électorales instituées dans chacune des académies¹⁴⁵. De même, les recours gracieux obligatoires devant la Commission d'accès aux documents administratifs obéissent à un processus similaire.

Plus récemment, a été créé sur le fondement de la loi du 30 juin 2000, dans des hypothèses déterminées par ce texte, une obligation de recours pour les militaires. A de ce fait été instauré, auprès du ministre de la Défense, une commission particulière chargée de les traiter. L'avis émis par la commission ne lie pas le ministre qui est libre de rejeter le recours considéré ou de faire droit aux prétentions du requérant¹⁴⁶. La commission des recours des

¹⁴² Voir sur ce point : E. PREVEDOUROU, « *Les recours administratifs préalables obligatoires : étude comparée des droits allemand et français* », L.G.D.J., 1996, p. 210.

¹⁴³ Décret en date du 7 janvier 1942, article 10.

¹⁴⁴ Loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques qui modifie sur ce point la loi du 27 décembre 1973, loi d'orientation du commerce et de l'artisanat, dite loi « Royer » ; F. BOUYSSOU, « La réforme de l'urbanisme commercial », *R.F.D.A.*, 1993, p. 922.

¹⁴⁵ Décret n°85-59 du 8 janvier 1985, article 39.

¹⁴⁶ Décret n° 2001-407 du 7 mai 2001 organisant la procédure de recours administratif préalable aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des militaires ; Code de l'administration, Litec 2006, p. 278.

militaires intervient à titre simplement consultatif. Une procédure similaire est désormais applicable dans le contentieux des refus de visa où intervient une commission instituée auprès du ministre des Affaires Etrangères¹⁴⁷.

Ces autorités administratives collégiales sont de nature à assurer un examen plus sérieux des réclamations des administrés que lorsque celles-ci sont portées directement devant un administrateur actif. L'impartialité et l'objectivité s'en trouvent renforcées et la qualité des décisions rendues est accrue. Le régime procédural ici consacré répond davantage aux préoccupations des administrés, les garanties fondamentales de ces derniers sont souvent mieux sauvegardées. L'échange des points de vue est parfois organisé, le principe du contradictoire est mieux respecté, la motivation des décisions rendues est, dans certains cas, obligatoire et ces instances doivent souvent se prononcer dans un délai préfixé. « Ces commissions administratives fonctionnent d'ailleurs le plus souvent selon des formes quasi juridictionnelles, qu'il n'aurait pas été possible, selon la doctrine dominante, d'organiser devant l'administration active. »¹⁴⁸. Elles se situent ainsi à mi-chemin entre l'administration active, auprès de laquelle aucune procédure formalisée n'est organisée, et le système purement juridictionnel auquel elles empruntent les caractéristiques les plus importantes de nature à améliorer la situation des administrés et l'effectivité du règlement préalable.

Parallèlement à ce mouvement, et pour pallier l'inertie souvent systématique de l'administration dans l'examen des recours administratifs qui lui sont obligatoirement soumis, ont été développés un certain nombre d'éléments de nature à inciter les services administratifs à effectuer un véritable examen de ces réclamations.

B) L'incitation à un examen au fond du recours

A défaut, jusqu'à maintenant, d'avoir œuvré en faveur de la consécration d'une obligation d'examen effectif des recours par l'administration, les pouvoirs publics, par des chemins détournés, ont tenté d'inciter celle-ci à agir de la sorte pour renforcer l'effectivité de la technique des recours administratifs préalables obligatoires.

Ces derniers ne peuvent en effet valablement fonctionner et remplir les objectifs qui leurs ont été assignés que si l'administration les prend réellement en considération et accepte de les traiter. Cette dernière ne s'étant pas inscrite dans cette direction de manière spontanée,

¹⁴⁷ Décret n°2000-1093 du 10 novembre 2000 instituant une commission de recours contre les décisions de refus de visas d'entrée en France ; Code de l'Administration, p. 280.

¹⁴⁸ J.F. BRISSON, « Régler autrement les litiges : les recours gracieux et hiérarchiques, voie alternative de protection des administrés ? », *R.D.P.*, 1996, p. 817-818.

ont été progressivement posées des exigences dans l'examen du recours et dans la forme que doivent revêtir les décisions prises sur recours de nature à aboutir à un tel résultat.

Tout d'abord, rompant avec le principe selon lequel le silence de l'administration pendant un délai déterminé vaut décision de rejet implicite, certains textes disposent, en la matière que le silence de l'administration signifie au contraire que satisfaction est donnée à l'auteur du recours. Ce dernier peut ainsi se prévaloir d'une décision implicite d'acceptation. Les pouvoirs publics, par l'intermédiaire de cette technique, ont voulu inciter les administrations à statuer par décisions expresses et mettre fin en la matière à l'édition quasi systématique de décisions implicites. L'administration dans un tel cas ne peut faire preuve de mauvaise volonté et laisser intentionnellement courir le temps jusqu'à l'intervention d'une décision tacite de rejet. Ainsi par exemple, l'article 34 de la loi du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, aujourd'hui abrogé, avait prévu une telle possibilité. Une réflexion doit être menée sur l'opportunité d'une généralisation de ce procédé.

Surtout, et co-relativement, une exigence de motivation systématique des décisions rendues sur recours préalable devrait être consacrée. Plus globalement, le droit positif français ne consacre pas un principe général de motivation des actes administratifs unilatéraux. Cependant, la combinaison de la loi du 11 juillet 1979¹⁴⁹, au champ d'application large, de textes plus spécifiques et de la jurisprudence aboutit à ce que l'administration ait dans de très nombreux cas, en pratique, l'obligation d'exposer clairement les motifs qui fondent ses décisions. L'état du droit en matière de recours administratifs préalables obligatoires est resté pendant longtemps sur ce point défaillant. Très rares étaient les cas, initialement, où l'administration était tenue de répondre aux réclamations obligatoires par une décision motivée. Progressivement et heureusement, cette exigence a été de plus en plus souvent imposée dans des contentieux bien déterminés. D'une part, les textes institutifs des recours obligatoires ont plus régulièrement prévu expressément une obligation de motivation¹⁵⁰. D'autre part, le juge administratif a pu, à plusieurs reprises, imposer une telle exigence par voie prétorienne¹⁵¹. La multiplication de ces solutions ne peut être que saluée.

¹⁴⁹ Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

¹⁵⁰ Ainsi par exemple, le recours au directeur régional du travail prévu par l'article L231-5-1 du code du travail relatif à la cessation des situations dangereuses dans une entreprise doit faire obligatoirement l'objet en cas de refus d'une décision motivée.

¹⁵¹ Voir notamment : C.E., 27 janvier 1950, Billard, Rec. p. 57 en matière de remembrement rural ; T.A de Lyon, 27 février 1992, Madame Bentoumi, Rec. p. 678 ; en l'espèce, le juge a considéré que les « décisions qui refusent l'attribution de l'aide (personnalisée au logement) doivent être motivées en vertu des dispositions du deuxième alinéa de l'article 6 de la loi du 11 juillet 1979 » et que « cette obligation s'étend aux décisions administratives, prises à la suite d'un recours obligatoire, qui s'y substituent (...) ».

Cependant, cette exigence de motivation, et c'est regrettable, n'est pas encore totalement généralisée en la matière. Une intervention en ce sens, le cas échéant à travers l'édition d'une réglementation générale relative à la procédure administrative précontentieuse, serait donc la bienvenue.

Si l'état du droit sur ce point n'est pas encore pleinement satisfaisant, les autorités publiques, désirant clarifier les conditions dans lesquelles l'administration prend position sur le recours obligatoire, se sont tout de même valablement efforcées, par le biais d'interventions ponctuelles de renforcer les exigences relatives au traitement du recours par l'administration, dans un sens favorable aux administrés.

Parallèlement à ce mouvement, et dans le même registre, le juge administratif est venu récemment reconsidérer une règle classique de la théorie générale des recours administratifs préalables obligatoires, celle de la substitution de la décision finale à la décision initiale.

§2 : La reconsidération récente de la règle selon laquelle la décision prise sur recours se substitue à la décision initiale

Principe caractéristique de la théorie générale des recours administratifs préalables obligatoires, la règle de la substitution de la décision initiale à la décision finale a pendant longtemps connu une application largement restrictive (A). Ce n'est qu'en 2005 que le Conseil d'Etat s'est employé à reconsidérer cette règle ; ce mouvement a abouti à une heureuse remise en cause de la rigidité de ce principe (B). Cependant, cette nouvelle solution, qui a donné lieu à différentes appréciations, n'est pas exempte d'incertitudes (C).

A) Le caractère initialement restrictif du principe : la stricte disparition rétroactive de la décision initiale

Lorsqu'une décision administrative, préalablement au recours juridictionnel, a fait l'objet d'un recours administratif, la décision prise sur recours peut se substituer à la décision initialement contestée. La mise en œuvre de ce phénomène a nécessairement des répercussions sur l'exercice du recours juridictionnel, d'où l'intérêt d'en exposer les conditions d'application. Lorsque l'administration, statuant sur le recours, infirme, modifie la position adoptée lors de l'édition de la décision initiale, la règle de la substitution s'applique logiquement. A contrario, lorsque l'autorité saisie du recours se contente de confirmer la décision à l'origine du litige, les choses apparaissent plus complexes.

Si le recours administratif considéré est facultatif, il n'y a pas de substitution, les deux décisions sont alors autonomes, indépendantes. Le requérant peut agir contre les deux actes¹⁵².

En revanche et depuis bien longtemps, la règle de la substitution de la décision finale, prise sur recours par l'autorité saisie, à la décision initiale, qui constitue l'objet, la base du litige, gouverne classiquement l'articulation des recours administratif obligatoire et juridictionnel¹⁵³.

Il doit en être déduit que seules les conclusions dirigées contre la nouvelle décision de l'administration sont recevables devant le juge. Cette solution s'explique par le fait que l'autorité compétente pour statuer sur le recours obligatoire, lorsqu'elle est saisie, a pour mission « d'arrêter définitivement la position de l'administration » et ce sur la base des circonstances de droit ou de fait en vigueur au jour où elle se prononce¹⁵⁴. Ainsi et en la matière, cette règle vaut dans tous les cas, d'une part lorsque la décision provoquée par le recours obligatoire est différente de la décision initiale, d'autre part et inversement quand la décision finale confirme purement et simplement la première décision.

La décision initiale disparaît, la nouvelle décision prise sur recours s'y substitue de manière rétroactive. Dès lors, les vices qui le cas échéant l'entachaient sont sans influence sur la légalité de la nouvelle décision et ne peuvent être valablement invoqués à l'appui du recours dirigé contre elle¹⁵⁵.

Autrement dit, et c'est pour cette raison qu'une application trop stricte de cette règle est regrettable, si l'autorité saisie du recours confirme la décision initiale elle-même entachée d'une illégalité, la substitution aboutit à occulter cette illégalité, à gommer la faute de l'administration, laquelle ne peut plus être sanctionnée par le juge¹⁵⁶. La simple existence d'un recours administratif préalable obligatoire aurait pour effet d'effacer de façon systématique les manquements de l'administration lors de l'édiction de la première décision, lesquels bénéficieraient d'une sorte d'immunité juridictionnelle indubitablement contestable.

¹⁵² C.E., 1^{er} octobre 1954, Dame Bonnetblanc, Rec. p. 491.

¹⁵³ Voir entre autre : C.E., 27 février 1956, Association des propriétaires du Chesne, Rec. p.92 concernant le contentieux du remembrement rural ; C.E., 30 mars 1973, Gen, Rec. p. 269, *A.J.D.A.*, 1973, p. 268 concernant les décisions administratives prises par les ordres professionnels ; C.E., 5 janvier 1979, Société Clinique chirurgicale Francheville, Rec. p. 9 en matière d'autorisation d'ouverture d'établissement de santé.

¹⁵⁴ C.E., 13 novembre 1991, Girer, Rec. p. 392.

¹⁵⁵ C.E., 19 novembre 1965, Epoux Delattre-Floury ; Rec. p. 623, *A.J.D.A.*, 1966, p. 40 ; C.E., 21 novembre 1990, Bourlier, Rec. p. 335, *R.F.D.A.*, 1991, p. 205 ; C.E., 3 novembre 2003, Hello, Rec. p. 429.

¹⁵⁶ Voir en ce sens C.E., 1973, Driancourt, Rec. p. 77, qui pose le principe selon lequel « toute illégalité est fautive ».

Cette solution apparaît par conséquent sévère pour les administrés et surtout contraire à une correcte application du principe de légalité tel que découlant de l'existence d'un Etat de droit. Ces constats n'ont pas pour autant fait obstacle à une mise en oeuvre régulière de cette règle pendant des dizaines d'années.

Ce n'est que très récemment que le Conseil d'Etat s'est apparemment résolu à lui apporter quelques assouplissements.

B) L'atténuation récente du principe : l'indispensable renforcement des exigences de légalité

Par une décision Houlbreque en date du 18 novembre 2005¹⁵⁷, dont on peut tirer divers enseignements intéressants concernant les modalités d'articulation des recours administratif et juridictionnel, le Conseil d'Etat semble avoir quelque peu infléchi la rigidité de la règle selon laquelle la décision finale prise sur recours administratif obligatoire se substitue systématiquement à la décision initiale, laquelle disparaît rétroactivement de l'ordonnement juridique.

Nous l'avons vu, ce principe postule que les vices qui entachaient la décision initiale soient sans influence sur la légalité de la décision prise sur recours, donc insusceptibles d'être invoqués au soutien du recours dirigé contre cette dernière. L'arrêt Houlbreque semble apporter une atténuation, une exception à cette affirmation en la limitant aux seuls vices propres de la décision initiale. Il vient circonscrire en quelque sorte le champ d'application de cette règle.

En l'espèce, Monsieur Houlbreque, militaire, a saisi, sur le fondement du décret du 7 mai 2001, la Commission de recours des militaires d'une demande tendant à ce que la décision du ministre de la Défense instituant le tableau d'avancement pour l'année 2004 soit annulé, son nom n'y figurant pas. Après examen par la Commission, le ministre rejette la demande de Monsieur Houlbreque qui forme alors un recours devant le Conseil d'Etat dans le but de faire annuler ces deux décisions. Ce dernier conteste notamment la régularité de la procédure suivie devant la commission d'avancement qui a été consultée préalablement à l'établissement du tableau d'avancement, en ce qu'elle ne lui avait pas communiqué les documents le concernant sur la base desquels elle s'était prononcée.

Le Conseil d'Etat, de manière surprenante, déclare recevable ce moyen. Par cette décision, il revient sur sa jurisprudence antérieure dont la meilleure illustration réside dans un arrêt

¹⁵⁷ C.E., Sect, 18 novembre 2005, Houlbreque, *A.J.D.A.*, 2005, p. 2453 ; *R.F.D.A.*, 2006, p. 543 ; *L.P.A.*, 24 avril 2006, p. 13.

Hello en date du 3 novembre 2003¹⁵⁸. Il accepte, en l'espèce, dans le cadre du recours juridictionnel dirigé contre la décision finale du ministre, d'examiner la régularité de la procédure suivie devant la commission d'avancement. Il reconnaît par conséquent au requérant la possibilité d'exciper devant lui de l'illégalité de la décision initiale en ce qu'elle aurait été édictée suite à une procédure empreinte d'une irrégularité.

Ainsi, estimant que la décision prise sur recours est elle-même « soumise au principe de légalité », le juge accepte que certaines irrégularités affectant la décision initiale puissent survivre à sa disparition rétroactive. La légalité de la décision finale pour être elle-même légale doit donc purger le vice initial.

Si la décision Houlbrequé retient sur ce point indéniablement l'attention, du fait de l'innovation qu'elle introduit, sa portée reste incertaine et a donné lieu à différentes appréciations.

C) Une portée incertaine de l'atténuation : des divergences d'interprétation

La principale incertitude en la matière porte sur le champ d'application de cette nouvelle solution. Compte tenu de la rédaction laconique de l'arrêt, déterminer avec précision les cas où l'illégalité de la décision initiale peut être soulevée à l'appui du recours contre la décision finale relève de la pure interprétation.

Dans ses conclusions relatives à cette décision, Didier Casas proposait de consacrer simplement « un tempérament en tout état de cause très exceptionnel à la jurisprudence générale que par ailleurs il convient de réaffirmer avec force ». Il a donc adopté une approche restrictive de cette atténuation en considérant que l'admission d'un tel moyen ne devait être envisagée que dans l'hypothèse où « la procédure de recours préalable obligatoire ne peut offrir aux intéressés des garanties de niveau équivalent à celles offertes par la procédure ayant abouti à la décision contestée », l'autorité administrative saisie étant dans certains cas « réputée s'approprier (...) les conditions dans lesquelles (la décision initiale) a été rendue ». Toute la difficulté réside alors dans la détermination des modalités de comparaison.

Au final, cette solution aboutissait à considérer que les vices de la procédure initiale ne pouvaient être invoqués à l'encontre de la décision prise sur recours que dans le cas où la procédure initiale comportait des garanties substantielles pour l'administré que l'on ne

¹⁵⁸ C.E., 3 novembre 2003, Rec. p. 429 : par cette décision, le Conseil d'Etat, dans une affaire similaire, avait écarté le moyen invoqué par le requérant tiré de ce que la notation, qui lui avait été attribuée par le ministre de la Défense après avis de la commission des recours, n'avait pas été précédée d'un entretien entre le notateur et l'intéressé. Cette lacune, qui avait entaché la procédure préalable à l'édition de la première décision, avait alors été considérée par le juge administratif comme sans influence sur la légalité de la décision finale prise sur recours.

retrouvait pas dans la procédure de recours. Or, l'application de la théorie de l'équivalence laisse au juge une grande liberté qui pourrait s'avérer préjudiciable à la sécurité juridique des administrés.

Telle ne semble pas être l'idée suivie par la section du contentieux, celle-ci se bornant à rechercher si l'examen de la réclamation par la Commission des recours présentait les mêmes garanties que celui effectué par la commission d'avancement. Aucune comparaison, aucun examen au fond, de nature à faire émerger une équivalence, ne semble être effectuée.

Claire Landais et Frédéric Lénica ont proposé une autre appréciation de la décision de la haute Assemblée¹⁵⁹, à laquelle s'est rallié Thierry Xavier Girardot¹⁶⁰, qui nous semble plus conforme à la réalité. Sans souhaiter son application dans tous les cas de figure, ils ont conféré à cette nouvelle solution une portée beaucoup plus large que celle mise en avant par le commissaire du gouvernement. Ils l'analysent comme interdisant l'invocabilité par voie d'exception des « seuls vices propres de la décision initiale » (incompétence, défaut de motivation...). La procédure préalable à l'édition de la décision initiale, le « contexte » dans lequel celle-ci est prise, est alors maintenue car détachable et indépendante vis-à-vis de la stricte décision arrêtant le tableau d'avancement¹⁶¹.

S'il semble que l'interprétation dégagée par ces commentateurs avisés doive être privilégiée, car davantage conforme à la rédaction de l'arrêt considéré, il serait opportun que le Conseil d'Etat vienne lui-même explicitement trancher le débat et préciser l'étendue qu'il convient de conférer au principe en l'espèce dégagé.

Les autorités publiques, le législateur et le juge administratif notamment, ont saisi l'occasion de la banalisation des recours administratifs préalables obligatoires pour clarifier certains aspects de leur régime juridique.

Nous venons de le voir, des précisions importantes ont été apportées concernant le fonctionnement proprement dit du mécanisme du recours obligatoire.

¹⁵⁹ Note précitée, *A.J.D.A.*, 2005, p. 2453.

¹⁶⁰ Note précitée, *R.F.D.A.*, 2006, p. 543.

¹⁶¹ On retrouve ici le « critère de l'extériorité » mis en évidence par J. Rigaud en 1965, mais à l'époque pas suivi par le Conseil d'Etat, dans ses conclusions relatives à l'arrêt du 19 novembre, *Epoux Delattre-Floury*, Rec. p. 623.

Mais l'élan de rénovation ainsi engagé ne s'est pas arrêté à ce premier élément, le Conseil d'Etat a également saisi l'opportunité qui lui était ainsi présentée pour éclaircir, clarifier l'enchaînement des recours administratifs obligatoires et juridictionnels.

Chapitre 2 : Une clarification des relations entre recours administratif et juridictionnel

Des précisions ont été apportées et des innovations majeures sur ce point ont été consacrées principalement par le juge administratif. Dans ce mouvement général de clarification ont été remodelées les modalités d'articulation des différents délais de recours (Section 1), les règles en la matière sont désormais clairement établies. De la même manière, et plus récemment, ont été également clarifiées les conditions d'intervention du juge dans le cadre d'un litige soumis à un recours préalable obligatoire (Section 2).

Section 1 : Les modalités d'articulation des délais de recours

Le principe de la prorogation du délai de recours contentieux du fait de l'exercice d'un recours administratif préalable obligatoire doit être appréhendé comme la conséquence logique de l'institution arbitraire de cette obligation (Paragraphe 1). Cette règle est cependant appréciée en pratique de manière relativement stricte, cette rigidité en l'état actuel de droit peut d'ailleurs être discutée (paragraphe 2).

§1 : La contre partie à l'obligation de recours : la prorogation du délai de recours contentieux

La portée et le contenu de cette règle ont été progressivement façonnés par la jurisprudence administrative. Elle est désormais clairement établie (A) tant concernant les recours facultatifs que concernant les recours obligatoires. L'application dans ce dernier cas de ce principe relève d'ailleurs de la logique. Compte tenu de la nature même des recours préalables obligatoires, une solution différente n'aurait pu être envisagée (B).

A) Une règle clairement établie

La règle de la prorogation du délai peut être définie comme l'interruption conservatrice de ce dernier. L'exercice d'un recours administratif, le cas échéant obligatoire, a pour effet à l'égard de l'administré concerné de conserver le délai de recours juridictionnel. Ainsi, le rejet d'une réclamation, par notification explicite ou du fait d'une décision implicite de rejet, fait de nouveau courir un délai, entier, de recours contentieux. L'administré a ainsi la garantie de garder la possibilité, si sa réclamation auprès de l'administration échoue, de saisir ultérieurement le juge.

Cette solution vaut indépendamment du type de recours¹⁶². Les règles applicables aux recours administratifs facultatifs sont transposables aux recours constituant un préalable obligatoire au recours juridictionnel. La formulation de principe est la suivante : « toute décision administrative peut faire l'objet, dans le délai imparti pour l'introduction d'un recours contentieux, d'un recours gracieux ou hiérarchique qui interrompt le cours dudit délai »¹⁶³. Ce principe joue également lorsque le recours administratif constitue un préalable obligatoire à la saisine du juge.

Cette « réouverture du délai »¹⁶⁴ ne peut alors jouer que si principalement trois conditions sont remplies.

En premier lieu, la réclamation doit constituer un véritable recours administratif, l'administration doit être saisie d'une demande tendant à la modification ou à l'abrogation de la décision litigieuse¹⁶⁵. Une simple démarche ne suffit pas à conserver la possibilité d'intenter une action juridictionnelle ultérieure. Le recours suppose, au regard de sa rédaction, l'existence d'un véritable litige, la demande concernée doit contenir un degré de contestation minimum. Ainsi ne pourra par exemple être qualifiée de recours administratif une simple lettre attirant l'attention de l'administration sur les conséquences que la décision considérée est susceptible d'entraîner, une demande à l'administration visant à obtenir la clarification des motifs d'une décision, une lettre sollicitant l'avis du ministre sur le champ d'application d'un décret, une lettre demandant uniquement des éclaircissements sur la position générale de l'administration et ne mentionnant pas la décision attaquée¹⁶⁶.

¹⁶² Pour le recours hiérarchique : C.E., 13 avril 1881 Bansais, *D.*, 1882, 3,49 ; pour le recours gracieux : C.E., 12 janvier 1917, Marchelli, *Rec.* p. 42.

¹⁶³ C.E., 10 juillet 1964, Centre médico-pédagogique de Beaulieu, *Rec.* p. 399, *D.* 1965, p. 84, concl. J. Rigaud ; C.E., 6 janvier 1995, Assemblée territoriale de la Polynésie française, *Rec.* p. 10, *D.A.*, 1995, n°252.

¹⁶⁴ J.-M. AUBY, « Les recours administratifs », *A.J.D.A.*, 1955, p. 117, (124).

¹⁶⁵ Voir pour un exemple parmi tant d'autres : C.E., 25 février 1981, Sutter, *Rec.* p. 865.

¹⁶⁶ Voir successivement : C.E., 21 octobre 1960, Berthiot, *Rec.* p. 580 ; C.E., 3 décembre 1952, *Rec.* p. 555 ; C.E., 21 mai 1986, Syndicat national des pharmaciens des hôpitaux des centres universitaires, *Rec.* p. 146, *A.J.D.A.*, 1986, p. 603 ; C.E., 14 avril 1995, Koen, *Rec.* p. 169, concl. Y. Aguila.

En deuxième lieu, le recours juridictionnel doit avoir le même objet que le recours administratif, le délai n'est alors prorogé que dans les limites des conclusions dont est saisie l'autorité administrative compétente¹⁶⁷. Les prétentions du réclamant doivent être identiques. Modifier les conclusions revient à porter devant le juge un litige différent dont l'administration n'a jamais eu à connaître.

En troisième lieu, il faut que le recours administratif ait été adressé à l'administration avant l'expiration du délai contentieux contre la décision critiquée¹⁶⁸, la plupart du temps d'une durée de deux mois.

Ces règles générales sont applicables par principe dans tous les cas sauf textes contraires.

La mise en oeuvre de la règle de la prorogation du délai contentieux en matière de recours administratifs préalables obligatoires peut s'expliquer directement par la nature même de ces derniers. Elle constitue de ce fait une règle caractéristique et primordiale de leur régime juridique.

B) Une règle justifiée par la nature du recours administratif préalable obligatoire

Nous l'avons vu à plusieurs reprises, l'exercice du recours administratif, lorsqu'il est obligatoire, constitue une condition de recevabilité du recours juridictionnel. C'est une démarche supplémentaire imposée de manière arbitraire aux administrés concernés qui a pour but d'instituer une sorte de préalable de conciliation à l'échelon administratif, de nature dans le meilleur des cas à aboutir à un règlement amiable du litige, sans que l'intervention du juge soit alors nécessaire. La résolution du litige au niveau administratif constitue une tentative.

Ainsi, et compte tenu de la liaison étroite qui existe dans un tel cas entre le recours administratif obligatoire et la voie juridictionnelle, au même titre qu'elle justifie une appréciation rigide des conditions de régularisation du défaut de recours préalable, elle ne doit en aucun cas fermer à l'administré, en cas d'échec de la réclamation auprès de l'administration, la possibilité de saisir le juge de cette même décision. La règle de la prorogation doit constituer un élément caractéristique du régime juridique des recours administratifs préalables obligatoires. Dans un cas inverse, le nécessaire contrôle du juge sur l'action de l'administration, élément primordial de l'Etat du droit sans trouverait remis en cause.

¹⁶⁷ C.E., 9 mai 1980, Veyrier, Rec. p.221, D. 1980, p. 416, concl. B. Genevois.

¹⁶⁸ C.E., 11 novembre 1898, Labro, Rec. p. 692 ; C.E., 21 janvier 1983, Capron, Rec. p. 20.

Les recours obligatoires n'ont pas pour but de faire de l'administration le seul juge de ses propres décisions. Le processus de contestation de l'acte litigieux se déroule en deux étapes : une première tentative de résorption du litige a lieu devant l'administration, laquelle opère un premier examen de la situation. Si cette première analyse ne peut aboutir au règlement du différend directement entre les parties, le juge est alors chargé de trancher lui-même le désaccord. Il est donc logique que l'introduction du recours obligatoire ait pour effet de stopper le délai de recours contentieux. Ce dernier reprend pour sa totalité en cas d'échec de ce préalable.

La règle de la prorogation du délai de recours juridictionnel par l'introduction d'un recours administratif préalable obligatoire doit être appréhendée encore une fois comme une conséquence logique, une contre partie à l'instauration de ce procédé.

Cependant, l'appréciation qui en est faite s'avère en pratique, et cela peut être discuté, relativement stricte.

§2 : L'appréciation stricte de la règle de la prorogation du délai contentieux

La principale illustration d'une application restrictive du principe de la prorogation du délai de recours contentieux par la mise en œuvre d'un recours administratif obligatoire réside dans la consécration de la règle de la prorogation unique. Une telle rigidité peut en l'état actuel du droit être valablement contestée. Elle peut le cas échéant et indirectement aboutir à une restriction illégitime du droit d'accès au juge dont est titulaire tout administré.

A) Une application limitée par le principe de prorogation unique

En principe, et de manière générale, le délai de recours juridictionnel n'est susceptible que d'une seule prorogation. Le requérant doit donc faire un choix entre les différents recours mis à sa disposition¹⁶⁹. Lorsque le recours constitue un préalable obligatoire, cette option, logiquement, ne s'applique pas. L'intéressé, pour pouvoir postérieurement saisir le juge, doit exercer le recours administratif prévu par les textes.

Mais cette solution n'interdit pas à l'administré d'intenter parallèlement ou ultérieurement, en cas d'échec du recours obligatoire, un recours gracieux à l'égard de cette

¹⁶⁹ C.E., 27 janvier 1950, Demoiselle Ducrot, Rec. p. 65.

même décision. Ce qui est prohibé est la double prorogation. Ces deux types de recours ne peuvent avoir pour effet simultanément ou successivement de conserver le délai de recours juridictionnel à l'égard de l'acte litigieux.

Des précisions sur ce point doivent être apportées.

Concernant l'acte initial, cette règle se comprend aisément et va de soi au regard du processus spécifique attaché aux recours obligatoires. L'administré souhaite contester une décision émanant d'une autorité quelconque. Il saisit d'un recours administratif (obligatoire) une seconde autorité désignée par le texte instituant le préalable obligatoire. La première autorité est dessaisie de sa compétence. L'autorité de saisine prend une nouvelle décision, laquelle se substitue à la première qui disparaît rétroactivement. Aucun recours gracieux supplémentaire ne peut être intenté à l'égard de l'acte initial qui a été effacé de l'ordonnement juridique par le jeu de la substitution. Le Conseil d'Etat l'a affirmé à plusieurs reprises. Dans un arrêt de 1963, par exemple, il a en effet estimé que l'existence d'une obligation de recours auprès de la commission nationale d'optique lunetterie contre les décisions des commissions régionales « (exclut) la possibilité de former tout autre recours administratif ou contentieux contre la décision de la commission régionale »¹⁷⁰.

Concernant l'acte final, le recours administratif de droit commun reste possible. Il ne produit simplement pas d'effet prorogatoire. De la même manière, le Conseil d'Etat, dans une décision de 1981 réitéré en 1992, a réaffirmé ce principe par le biais d'un considérant éclairant : « un recours gracieux faisant suite à un recours hiérarchique ne peut conserver le délai de recours contentieux lorsque ces recours ont été présentés par la même personne et alors même que le recours hiérarchique est un préalable obligatoire au recours contentieux »¹⁷¹.

Une exception à la règle de la prorogation unique a cependant été consacrée. Le juge administratif a parfois admis qu'un recours hiérarchique facultatif soit exercé après un recours gracieux obligatoire infructueux. Cette solution était alors justifiée par la règle selon laquelle le contrôle hiérarchique doit être sauvegardé en vertu d'un principe général du droit¹⁷².

Si cette approche se comprend aisément, son opportunité, du fait des lacunes persistantes du régime juridique des recours administratifs préalables obligatoires, suscite la réflexion.

¹⁷⁰ C.E., 29 mai 1963, Maurel, Rec. p. 334.

¹⁷¹ C.E., 16 décembre 1981, Assistance publique à Marseille, Rec. p. 915 ; C.E., 1^{er} avril 1992, Clinique des Maussins, Rec. p. 655, *A.J.D.A.*, 1995, p. 676, concl. R. Abraham.

¹⁷² C.E., 23 juin 1972 Syndicat des métaux CFDT-CFTC des Vosges et autres, Rec. p. 473, concl. A. Bernard.

B) Une approche attentatoire au droit d'accès à un tribunal ?

La règle de la prorogation unique pourrait être totalement justifiée et aisément compréhensible si l'état du droit en matière de recours obligatoires était exempt de critiques. Or, comme c'est souvent le cas dans ce domaine, la complexité, l'absence de clarté globale des règles gouvernant ce procédé, et en particulier son régime juridique, sont souvent à l'origine des répercussions néfastes que peuvent avoir l'application des principes généraux de cette réglementation sur la situation des administrés et les garanties fondamentales qui leurs sont accordées.

Ainsi, le défaut de procédure réellement formalisée peut s'avérer attentatoire au principe du contradictoire et au principe de sécurité juridique ; le manque de cohérence dans l'instauration des recours et les faibles exigences relatives à l'indication des voies et délais de recours peuvent être à l'origine d'atteintes caractérisées au droit au juge.

C'est ce dernier enchaînement qui fait précisément douter, en l'état actuel du droit, de l'opportunité de la règle de la prorogation unique ou du moins de son application restrictive.

En effet, les exigences relatives à la mention des voies et délais de recours ne sont pas encore pleinement satisfaisantes. Elles ne sont pas de nature à assurer une information complète des administrés en la matière. De ce fait, les particuliers ne sont pas en mesure de saisir les subtilités de la procédure administrative et notamment des conditions relatives aux délais. Cette situation n'est pas de nature à faciliter l'exercice adéquat par ces derniers de leur obligation. En cas d'erreur involontaire, dont la responsabilité incombe indirectement à l'administration, ces administrés peuvent perdre toute possibilité de saisir le juge. Ces insuffisances rendent alors difficilement acceptable la règle de la prorogation unique. Du moins, et dans l'attente d'une évolution en la matière qu'il convient vivement d'encourager, une appréciation plus souple de celle-ci aurait pu constituer un moyen de pallier aux insuffisances jusqu'ici évoquées et aurait contribué à améliorer la situation des administrés souvent les premiers lésés par les lacunes du régime juridique des recours administratifs préalables obligatoires.

Les modalités d'articulation des délais de recours administratif et juridictionnel, même si l'on peut regretter la rigidité de l'une d'entre elles, sont désormais clairement établies, le juge administratif ayant œuvré pour une clarification de cet aspect de la théorie des recours administratifs préalables obligatoires.

L'intervention du juge faisant suite à un recours administratif obligatoire resté infructueux est par principe strictement conditionnée. La jurisprudence, ces dernières années, a particulièrement été inventive sur ce point. Elle a notamment pris soin de consacrer, et l'on ne peut que s'en réjouir, des innovations fondamentales de nature à enrichir considérablement le régime juridique des recours administratifs obligatoires.

Section 2 : Les modalités d'intervention du juge

Les modalités d'articulation des recours administratifs obligatoires et juridictionnels ont connu ces dernières années des évolutions fondamentales. Les conditions dans lesquelles le juge peut intervenir concernant un litige soumis à une obligation de recours préalable devant l'administration ont été précisées par la jurisprudence.

Faisant preuve d'audace, le juge administratif a en effet mis fin à la persistance en la matière de deux lacunes significatives. Il est en premier lieu revenu sur l'impossibilité initiale de saisir le juge des référés d'une demande de suspension de l'acte contesté lors du recours administratif (Paragraphe 1). Il est venu en second lieu explicitement remettre en cause la règle, empiriquement dégagée, selon laquelle sont irrecevables les moyens invoqués au soutien du recours juridictionnel qui n'auraient pas été soulevés à l'appui du recours administratif préalable (Paragraphe 2).

§1 : La reconnaissance d'une possible conciliation entre référé suspension et recours administratif

Nombre d'auteurs ont souvent déploré, à juste titre, le refus du Conseil d'Etat d'ouvrir aux administrés devant s'acquiescer d'une obligation de recours préalable la possibilité de saisir le juge des référés d'une demande de suspension de l'acte contesté (A). Heureusement, le juge administratif a fini par faire droit aux attentes en la matière de la doctrine en revenant de manière constrictive en 2001 sur sa jurisprudence antérieure (B).

A) Un refus initial contestable

Jusqu'à récemment, les administrés qui exerçaient un recours préalable obligatoire, qui sauf exception n'ont pas un caractère suspensif, ne pouvaient accéder au juge de l'urgence.

L'existence d'un recours administratif préalable obligatoire ne pouvait se concilier avec la possibilité donnée au juge de suspendre l'exécution d'une décision contestée devant lui.

Cette position s'expliquait aisément. La demande de sursis à exécution est en effet un recours accessoire au recours en annulation, la recevabilité du référé est subordonnée à l'existence d'une requête au fond¹⁷³. Le régime des recours obligatoires fait obstacle à cette possibilité à deux titres.

D'une part, le défaut de recours administratif, lorsqu'il a été érigé en préalable obligatoire, implique l'irrecevabilité du recours juridictionnel. Aucune requête au fond ne pouvant alors être introduite, la principale condition de recevabilité d'un sursis à exécution ne peut être satisfaite.

D'autre part, et lorsque l'administré a valablement introduit le recours administratif imposé, la décision initiale disparaît rétroactivement, la décision finale, prise par l'autorité saisie du recours, ayant vocation à s'y substituer. Dans ce cas également, l'impossibilité de déférer au juge la décision initiale, celle-ci ayant disparu, fait obstacle à toute demande de suspension de l'acte considéré. L'intéressé est dans l'obligation d'attendre que l'administration se soit prononcée sur le recours préalable.

Dans ces deux hypothèses, une requête au fond contre la décision contestée ne pouvant être introduite, toute demande de sursis à exécution était alors irrecevable.¹⁷⁴

Le commissaire du gouvernement G. Guillaume a ainsi déclaré dans ses conclusions sur l'arrêt Gen en date du 30 mars 1973 que le recours préalable obligatoire « retarde de quelques mois la saisine du juge et interdit pendant cette période de recourir au sursis à exécution ».¹⁷⁵

La loi du 30 juin 2000¹⁷⁶ qui est venue remplacer cette procédure par celle du référé suspension n'a en rien modifié les choses, celle-ci maintenant la condition de l'existence d'une requête au fond.

Cette solution, rigoureuse, peut porter une atteinte grave à la situation des requérants. « Face au développement des recours préalables, l'absence de toute possibilité de suspension des décisions administratives considérées parait choquante. Ces décisions sont appelées à disparaître, mais il n'en reste pas moins qu'elles s'exécutent pendant quelques mois. Or le préjudice peut être important pour l'administré car la création de recours préalables

¹⁷³ Voir en ce sens l'article L.521-1 du Code de justice administrative ; C.E., 11 mai 2001, Communes de Loches, Rec. tables, p. 1099.

¹⁷⁴ C.E., 25 mai 1988, Association Le foyer israélite, Rec., tables, p. 945 ; C.E., 29 juillet 1994, Clapier et autres, Rec. p. 381.

¹⁷⁵ C.E., 30 mars 1973, Gen, Rec. p. 269, *A.J.D.A.*, 1973, p. 268.

¹⁷⁶ conf. bibliographie dans R. CHAPUS, « Droit du contentieux administratif », Collection Domat Droit public, Monchrestien, 12^e édition, 2006, p. 1336 et svt.

obligatoires ne s'est pas accompagnée d'une réflexion sur la nature des décisions considérées et sur le préjudice que pourrait entraîner leur exécution »¹⁷⁷.

Elle apparaît d'autant plus inopportune que le Conseil Constitutionnel a qualifié de « garantie essentielle des droits de la défense » le droit des administrés à demander le sursis à exécution des actes administratifs¹⁷⁸.

Le Conseil d'Etat s'est opposé sur ce point aux juges constitutionnels en considérant, à propos d'une décision infligeant une sanction à un détenu soumise à une obligation de recours préalable en vertu de l'article D.250-5 du code de procédure pénale, que « la circonstance que le juge administratif ne puisse lui-même prononcer le sursis à exécution de la décision initiale (...) ne constitue pas, eu égard à la nature des sanctions en cause (...) une méconnaissance d'une garantie essentielle des droits de la défense ni une atteinte au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction ». ¹⁷⁹

Or, et notamment dans la perspective d'une généralisation des recours obligatoires, il était alors regrettable que les administrés ne puissent bénéficier dans le cadre de ce mécanisme de garanties similaires à celles qui leur sont offertes dans le cadre d'un recours juridictionnel direct. L'exemple de l'Allemagne, où l'obligation de recours préalable est très fréquente, est sur ce point éclairant. Ces recours y ont le plus souvent un effet suspensif.¹⁸⁰

Le Conseil d'Etat, prenant conscience de cette importante lacune, va finalement faire preuve de pragmatisme et accepter de revoir sa position en la matière.

B) Un changement constructif

Les choses vont évoluer au début des années 2000. Le Conseil d'Etat, par une ordonnance du 26 avril 2001, va juger pour la première fois recevable une demande de suspension d'une décision de refus d'autorisation de renouvellement (en l'espèce nécessaire à la poursuite d'une activité de réanimation prénatale) soumise à l'obligation de recours préalable. Il se borne simplement à rechercher si l'intéressé s'est bien acquitté de son obligation, sans s'assurer que la nouvelle décision prise sur recours soit intervenue.¹⁸¹

Cette solution audacieuse laissait présager un véritable changement de l'état du droit en la matière.

¹⁷⁷ P. FOMBEUR, concl. sur C.E., 12 octobre 2001, Société Produits Roche, Rec. p. 463, *R.F.D.A.*, 2002, p. 315

¹⁷⁸ Cons. Constit., Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, Rec., p. 8, considérant 22, *R.F.D.A.*, 1987, p. 287.

¹⁷⁹ C.E., avis, 29 décembre 1999, M. Leboulch, Rec. p. 427.

¹⁸⁰ M. FROMONT, « L'exemple allemand », *A.J.D.A.*, 1997, p. 59 ; E. PREVEDOUROU, « *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droit allemand et français* », *L.G.D.J.*, 1996, p. 153 et svt.

¹⁸¹ C.E., ord., 26 avril 2001, Fondation Laval, n° 231870.

Ces prévisions n'ont pas été déjouées. Par un arrêt de Section du 12 octobre 2002, Société Produits Roche¹⁸², le Conseil d'Etat, prenant quelques libertés par rapport au texte, est venu consacrer solennellement cette évolution en précisant les modalités d'articulation d'une procédure de référé suspension et d'un recours administratif préalable obligatoire. Le commissaire du gouvernement Pascale Fombeur lui avait suggéré dans ses conclusions¹⁸³, de tirer toutes les conséquences de la généralisation des recours administratifs préalables obligatoires et de donner un effet utile à la réforme des procédures de référé. Cette décision s'inscrit bien dans cette perspective.

Le Conseil d'Etat y estime que le référé suspension est ouvert, « y compris dans les cas où un texte législatif ou réglementaire impose l'exercice d'un recours administratif préalable avant de saisir le juge de l'excès de pouvoir, sans donner un caractère suspensif à ce recours obligatoire ; que, dans une telle hypothèse, la suspension peut être demandée au juge des référés sans attendre que l'administration ait statué sur le recours préalable... ».

La Haute Assemblée a pris soin d'apporter un certain nombre de précisions supplémentaires.

La détermination des conditions posées à l'introduction d'une demande de référé suspension n'a pas vraiment posé de difficulté. L'auteur de la demande de référé suspension doit justifier devant le juge des référés avoir déjà saisi l'administration d'un recours préalable en produisant une copie de ce dernier.

En revanche, le choix du terme de la mesure de suspension s'est révélé plus problématique. Pascale Fombeur avait sur ce point proposé une solution novatrice. Elle avait jugé opportun d'admettre « que la suspension puisse dépasser légèrement le terme de la décision initiale et s'appliquer également, pendant une durée limitée, à la seconde décision dès lors que celle-ci confirme la première ou se borne à la modifier en produisant des effets que la décision du juge des référés suspendait »¹⁸⁴. Cette proposition avait pour principal avantage d'éviter, d'une part, que ne se succèdent plusieurs suspensions pour une même décision, d'autre part que ne soient mises en œuvre d'éventuelles manœuvres par l'administration qui aurait dans le cas inverse pu faire échec aux prérogatives du juge des référés par la simple confirmation de la décision suspendue. Ce pragmatisme n'a cependant et malheureusement pas séduit la Section du contentieux qui a décidé que la mesure du juge des

¹⁸² C.E., Sect., 12 octobre 2002, Société Produits Roche, Rec. p. 463, *A.J.D.A.*, 2002, p. 123 ; *LPA*, 2001, n°249, p. 16.

¹⁸³ P. FOMBEUR, *op. cit.*

¹⁸⁴ *Ibid.* p. 320

référés valait « au plus tard, jusqu'à l'intervention de la décision administrative prise sur recours présenté par l'intéressé ».

Des commentateurs de l'arrêt ont salué la position finalement retenue au motif que la solution proposée par le commissaire du gouvernement aurait eu pour effet d'encourager les décisions implicites de rejet et de décourager l'administration à procéder à un examen effectif des recours. Or la consécration d'une obligation à l'égard de l'ensemble des services administratifs de procéder à un examen effectif des demandes qui lui sont présentées, le cas échéant assorties de sanction, qu'il convient d'ailleurs de souhaiter, aurait le mérite d'éviter ce comportement.

La démarche du juge administratif en la matière, même si elle reste, nous le verrons, quelque peu limitée, ne peut être que saluée. Elle constitue, au même titre que la remise en question de la règle de la cristallisation du débat contentieux, l'une des principales évolutions qu'a connu ces dernières années le régime juridique du recours administratif préalable obligatoire.

§2 : La remise en cause prévisible de la cristallisation du débat contentieux

On doit cette expression au Professeur René Chapus¹⁸⁵ qui avait estimé que le recours administratif obligatoire, préfigurant ce que pouvait être le recours juridictionnel, du fait de l'irrecevabilité des moyens nouveaux invoqués devant le juge, avait un effet de cristallisation du débat contentieux. Cette règle a été par la suite reprise par une grande majorité de la doctrine. Or l'affirmation d'un tel principe était très contestable, car fondée sur une croyance erronée (A). Il était donc nécessaire d'y faire échec. La jurisprudence s'y est récemment employée (B).

¹⁸⁵ R. CHAPUS, « *Droit du contentieux administratif* », Collection Domat Droit public, Monchrestien, 12^e édition, 2006, p. 397.

A) L'irrecevabilité très contestable des moyens nouveaux invoqués devant le juge

En droit français, il est depuis longtemps admis que cette cristallisation soit absolue à l'égard de l'objet du recours, des conclusions présentées par le requérant. Il va de soi que l'intéressé ne puisse contester devant le juge administratif que l'acte administratif contesté lors de son recours auprès de l'administration ; il n'y aurait aucun sens à demander à l'administration de reprendre position sur une décision pour déférer par la suite au juge une demande totalement différente.

Cette question est en revanche plus problématique concernant les moyens invoqués à l'appui de la requête. Pendant longtemps a prévalu, en la matière, la règle selon laquelle, excepté les moyens d'ordre public qui peuvent de par leur nature être invoqués à tout stade de la procédure, tout moyen nouveau, invoqué pour la première fois devant le juge, dans le cadre du recours juridictionnel consécutif à l'introduction d'un recours administratif obligatoire, devait être rejeté comme irrecevable.

Ce principe était alors justifié par la logique même du recours obligatoire. Ce mécanisme a pour vocation à donner lieu à un premier examen de la situation litigieuse au niveau administratif, de nature à déboucher si possible, et c'est l'objectif principal de la technique, sur une résolution du litige à l'échelon administratif. En autorisant le requérant à faire valoir devant le juge de nouveaux arguments, à renouveler le débat, l'esprit et l'utilité de ce procédé seraient remis en question. E. Prévédourou résume bien cette idée en déclarant que « bien que sévère pour l'administré, la fixation quasi irréversible du cadre juridictionnel dès le stade du recours administratif obligatoire est conforme à la fonction primordiale de celui-ci, à savoir le désencombrement des tribunaux »¹⁸⁶.

Les textes sont muets sur ce point. La jurisprudence, quant à elle, n'a consacré expressément ce principe que dans deux domaines particuliers : pour le contentieux du remembrement rural, d'une part¹⁸⁷, en matière d'élections aux commissions administratives paritaires de la fonction publique¹⁸⁸ et d'élections universitaires¹⁸⁹ d'autre part.

¹⁸⁶ E. PREVÉDOUROU, « *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droit allemand et français* », L.G.D.J, 1996, p. 303.

¹⁸⁷ C.E., 20 mai 1949, Berc, Rec. p. 230 ; C.E., 16 novembre 1998, Epoux Bravy, Rec. p. 1120 : en la matière, seuls les moyens soumis à la commission départementale d'aménagement foncier peuvent être invoqués devant le juge.

¹⁸⁸ Voir par exemple C.E., 23 octobre 1981, Fédération des groupes autonomes de l'enseignement public de l'académie de Strasbourg, Rec. p. 390, A.J.D.A., 1982, p. 397.

¹⁸⁹ Voir notamment C.E., 11 octobre 1972, Elections aux Conseils de l'UER Mathématiques et information de l'Université de Rennes, Rec. p. 628.

Or bien des auteurs ont estimé qu'il fallait déduire de ces deux seules hypothèses une prohibition générale de l'invocation par les requérants de moyens qui n'aurait pas été présentés en amont à l'autorité administrative saisie du recours préalable. Cette règle a été érigée en une sorte de principe général rattaché au régime juridique global des recours administratifs préalables obligatoires, les jurisprudences considérées ne reliant pas, selon René Chapus, ces solutions « à ce qu'auraient de spécifique le contentieux du remembrement rural et le contentieux électoral ».

Difficile de se rallier à une solution indéniablement restrictive, figée, statique, qui ne repose apparemment que sur une large interprétation, voire une simple impression.

L'évolution du système communautaire est sur ce point intéressante. L'obligation pour les fonctionnaires et agents de saisir l'autorité investie du pouvoir de nomination d'une réclamation précontentieuse en cas de litige, prévue par l'article 90-2 du statut des fonctionnaires est, comme en France pour le recours administratif préalable, justifiée par l'intérêt de trouver une solution amiable pour régler le différend. La Cour de Justice des communautés européennes avait en la matière, dans un premier temps, considéré que devaient être rejetés comme irrecevables les moyens qui n'avaient pas été soulevés au stade de la réclamation précontentieuse¹⁹⁰. Par la suite, la jurisprudence communautaire est venue infléchir la sévérité de cette règle. Sans revenir totalement sur le principe de « figement » de l'argumentation juridique entre les phases administrative et juridictionnelle, le juge communautaire a adopté une position plus nuancée. Il a admis la recevabilité lors du recours juridictionnel des moyens non invoqués explicitement au stade de la réclamation précontentieuse, mais auxquels le requérant s'est référé implicitement¹⁹¹. Ainsi la réclamation administrative n'a pas pour effet au niveau communautaire de lier de façon définitive la phase contentieuse.

L'adoption d'une telle solution, moins restrictive et rigoureuse pour les administrés que celle résultant du droit français, a le mérite de susciter la réflexion sur l'opportunité du principe illégitimement consacré en France.

En effet, en plus d'être fondé sur un principe erroné, cet état du droit n'est en pratique pas souhaitable. Le recours administratif préalable obligatoire doit rester à la fois un mode de traitement des litiges administratifs nécessairement respectueux des garanties fondamentales des administrés, mais également un système souple et le moins formalisé possible de

¹⁹⁰ C.J.C.E., 14 mars 1989, Del Amo Martinez /c Parlement, n° 133/88, point 13.

¹⁹¹ *Ibid.*, point 11 : cet assouplissement est fondé selon la Cour de justice sur « le contenu informel de la procédure précontentieuse, (...) l'administration est tenue de ne pas interpréter les réclamations de façon restrictive, mais au contraire de les examiner dans un esprit d'ouverture ».

résolution des litiges. Or une telle solution apparaît trop rigoureuse pour les administrés qui doivent prendre spontanément garde, sans avoir connaissance des subtilités du droit administratif, en dehors de toute information sur ce point, à ne pas trop circonscrire leur argumentation au stade administratif de la procédure.

Heureusement, très récemment, le juge administratif a fait preuve d'un dynamisme jurisprudentiel significatif, faisant ainsi échec à l'interprétation alors prévalente.

B) La recevabilité nécessaire des moyens nouveaux invoqués devant le juge

Par le biais d'une jurisprudence constructive, le Conseil d'Etat a valablement restauré l'état du droit en la matière.

Quelques décisions isolées de cour administratives d'appel laissent présager ce revirement. Ainsi par exemple la Cour administrative d'appel de Versailles, dans un arrêt du 7 juin 2005, avait considéré, concernant un recours contre un titre de perception, que le requérant devant le juge était recevable « à invoquer tout moyen nouveau, y compris ceux qui ne figuraient pas dans son recours administratif préalable obligatoire, alors même qu'ils reposent sur une cause juridique distincte »¹⁹². Le Conseil d'Etat semble avoir par la suite et progressivement pris acte de ces décisions.

Un premier infléchissement a pu être décelé dans l'arrêt de section Houlbrequé en date du 18 novembre 2005, déjà évoqué¹⁹³. Cette décision a soulevé indirectement la question d'un éventuel abandon de la règle selon laquelle les moyens nouveaux invoqués devant le juge, mais non soulevés à l'appui du recours administratif préalable, doivent être déclarés par ce dernier irrecevables. La Haute Assemblée y relève en effet « qu'eu égard à la circonstance que (le requérant) a critiqué aussi bien la légalité externe que la légalité interne de la décision initiale, il lui est en tout état de cause possible d'invoquer devant le juge tout moyen tiré de la légalité de la décision finale ».

L'ambiguïté de la rédaction de la décision est surprenante, l'emploi de l'expression « en tout état de cause » peut laisser à première vue perplexe. Les éclaircissements apportés sur ce point par Claire Landais et Frédéric Lénica sont par conséquent opportuns¹⁹⁴. Ils estiment, toutefois avec une certaine réserve, qu'il convient de comprendre cette décision comme un

¹⁹² C.A.A., Versailles, 7 juin 2005, SA SMAC Acieroid et autres, n° 04VE00673, *A.J.D.A.*, 2005, p. 1749.

¹⁹³ C.E., Sect, 18 novembre 2005, Houlbrequé, *A.J.D.A.*, 2005, p. 2453 ; *R.F.D.A.*, 2006, p. 543 ; *L.P.A.*, 24 avril 2006, p.13.

¹⁹⁴ Note, *A.J.D.A.*, 2005, p. 2453 précitée.

net rejet de la règle de la cristallisation du débat contentieux, la seule obligation pesant sur le requérant étant non pas de veiller à présenter la totalité des moyens du recours contentieux dans le recours administratif, mais de n'invoquer devant le juge que des moyens se rattachant à la même cause juridique que ceux invoqués dans le recours administratif¹⁹⁵.

Telle ne semble cependant pas être l'interprétation retenue par l'ensemble des juridictions. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Marseille, quelques mois après la décision Houlbreque, a réitéré la règle classique selon laquelle les moyens qui n'ont pas été soulevés à l'occasion du recours préalable ne peuvent être invoqués pour la première fois devant le juge, en prenant soin de préciser qu'une telle solution n'avait pas pour effet de violer les articles 6 et 13 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme garantissant le droit au juge¹⁹⁶.

La diversité de ces solutions rendait nécessaire en la matière une clarification jurisprudentielle. Le Conseil d'Etat s'y est très récemment et de manière totalement explicite employé. Les hésitations ne sont désormais plus permises. Dans un arrêt Garnier, en date du 21 mars 2007, il a définitivement et totalement fait échec à la règle de la cristallisation du débat contentieux par le biais d'un considérant particulièrement net qui opère une sorte de récapitulatif des dernières évolutions dans ce domaine, et qui a le mérite de retracer clairement l'état du droit devant nécessairement prévaloir en la matière¹⁹⁷.

Cette nouvelle solution a une portée générale, et ce à deux égards.

D'une part, et concernant son champ d'application, elle a indéniablement vocation à s'appliquer à l'ensemble des recours administratifs préalables obligatoires.

D'autre part, et à la différence des solutions antérieures, le Conseil d'Etat ne fait aucunement référence à la cause juridique des moyens présentés à l'appui de la demande préalable. Il semble donc que cette nouvelle règle concerne tout type de moyens sans qu'il soit nécessaire d'en examiner la nature.

¹⁹⁵ Le Conseil d'Etat opéré ici une transposition de la jurisprudence Société Intercopie en date du 20 février 1953 (Rec. p. 88) concernant la détermination des moyens pouvant être valablement invoqués devant le juge postérieurement à l'expiration du délai contentieux.

¹⁹⁶ C.A.A., Marseille, 3 mai 2006, Martinez, n° 03MA01455, D.A., Août - septembre 2006 p. 31.

¹⁹⁷ C.E., 21 mars 2007, Garnier, n°284586, D.A., mai 2007, p. 39 : « Considérant que l'institution d'un recours administratif, préalable obligatoire à la saisine du juge, a pour effet de laisser à l'autorité compétente pour en connaître le soin d'arrêter définitivement la position de l'administration ; qu'il s'en suit que la décision prise à la suite du recours se substitue nécessairement à la décision initiale ; qu'elle est seule susceptible d'être déférée au juge de la légalité ; que si l'exercice d'un tel recours a pour but de permettre à l'autorité administrative, dans la limite de ses compétences, de remédier aux illégalités dont pourrait être entachée la décision initiale, sans attendre l'intervention du juge, la décision prise sur le recours n'en demeure pas moins soumise elle-même au principe de légalité ; que le requérant qui entend contester cette dernière décision peut invoquer devant le juge, jusqu'à la clôture de l'instruction, tout moyen de droit nouveau, alors même qu'il n'aurait pas été invoqué à l'appui du recours administratif contre la décision initiale, dès lors que ces moyens sont relatifs au même litige que celui dont avait été saisie l'autorité administrative ».

L'on ne peut que se réjouir que le Conseil d'Etat ait enfin saisi l'occasion de restaurer l'état du droit en la matière. Cet effort de construction ne peut qu'être salué.

Conclusion de la Partie 2 :

Initialement, et en dépit d'une revitalisation progressive des recours administratifs préalables obligatoires, leur régime juridique souffrait d'importantes lacunes. Les rares aménagements procéduraux qui avaient pu être consacrés étaient assurément trop parcellaires, trop incomplets.

Devait nécessairement aller de pair avec la banalisation dont a fait l'objet ce procédé un effort de clarification conséquent du régime juridique qui y été attaché.

L'ensemble des autorités publiques et plus particulièrement le juge administratif s'y sont employées. Elles sont venues pas à pas clarifier les règles applicables à chaque étape du processus du recours administratif préalable obligatoire. Ce dynamisme a d'ailleurs été particulièrement significatif ces dernières années.

Si dans certains cas l'on peut regretter que les avancées consacrées n'aient pas été pleinement satisfaisantes, cet activisme a néanmoins et indéniablement permis une meilleure assimilation de cette technique, par les professionnels du droit certes mais surtout par les administrés qui ont vu leur situation améliorée.

Cet activisme a eu pour effet de faire émerger une perception davantage positive et moins critique des recours administratifs préalables obligatoires.

Ces efforts ont contribué à renforcer le bien fondé des recours administratifs préalables obligatoires. L'organisation de ce procédé a été améliorée.

Cependant, force est de constater qu'elle n'est pas pour autant pleinement satisfaisante. Persistent des contraintes, des risques pour les administrés qui ne peuvent être tolérés.

Ces lacunes, qui vont être désormais développées et que nous proposons vivement de pallier, rendent pour l'instant impossible toute idée de généralisation de cette technique. La mise en œuvre d'un tel mouvement reste subordonnée à la poursuite de la rénovation du mécanisme qui n'a pas encore atteint son maximum, preuve en est la persistance d'atteintes à certaines garanties fondamentales des justiciables.

La situation de ces derniers dans le cadre des recours administratifs préalables obligatoires est encore trop fragile, leur protection est encore trop partiellement assurée.

L'organisation des recours administratifs obligatoires est par conséquent largement perfectible.

PARTIE 3

UNE ORGANISATION ENCORE PERFECTIBLE

Deux lacunes majeures sont encore à déplorer et la persistance de celles-ci ne peut être que condamnée tant elles fragilisent la situation des administrés et contreviennent aux garanties essentielles, fondamentales de ces derniers.

En premier lieu, les modalités retenues pour la détermination du champ d'application de l'obligation sont, en l'état actuel du droit, trop frontalement contraires aux exigences de sécurité juridique (Chapitre 1).

En second lieu, le régime procédural des recours administratifs préalables obligatoires reste encore trop marqué par des insuffisances intolérables, nuisibles à la protection des particuliers, et qu'il convient dès lors de gommer (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Des incertitudes déplorables quant à la détermination du champ d'application de l'obligation

Le champ d'application de l'obligation de recours administratif souffre principalement de deux grandes incertitudes. Elles font indûment peser sur les administrés des contraintes et des risques trop importants pour qu'ils soient tolérés. Sa détermination est encore à l'heure actuelle trop aléatoire. Le principe de sécurité juridique et la nécessaire protection des particuliers s'en trouvent assurément malmenés.

En effet, l'illisibilité afférente à la reconnaissance du caractère obligatoire du recours d'une part (Section 1), et les hésitations jurisprudentielles relatives à la détermination des personnes le cas échéant concernées par ces derniers d'autre part (Section 2) doivent être comblées.

Les conséquences du défaut de recours obligatoire quand il est instauré sont trop rigoureuses pour que soient prises des libertés aussi importantes dans la consécration d'un tel procédé.

Section 1 : Les flous entourant la reconnaissance du caractère obligatoire du recours

Deux facteurs majeurs sont à l'origine des incertitudes relatives à la reconnaissance du caractère obligatoire des recours administratifs préalables : tout d'abord l'imprécision des dispositions textuelles instituant le recours (Paragraphe 1), ensuite l'interprétation libérale opérée par le juge administratif de ces différents textes (Paragraphe 2).

§1 : L'imprécision regrettable des dispositions textuelles instituant le recours

Le Conseil d'Etat, dans un arrêt en date du 15 février 1935, Bladanet, avait explicitement jugé que le recours administratif par principe facultatif ne pouvait être transformé en obligation qu'en vertu d'une disposition expresse adoptée en ce sens¹⁹⁸. Cette décision semble malheureusement avoir été très rapidement vidée de sa portée. Non

¹⁹⁸ C.E., Sect., 15 février 1935, Bladanet, Rec. p. 202.

seulement les sources de nature à pouvoir instituer un recours administratif préalable obligatoire se sont en pratique largement diversifiées (A) mais surtout, la rédaction de ces diverses dispositions ne s'est pas caractérisée par une grande précision (B). La combinaison de ces deux constatations révèle un état du droit sur ce point aujourd'hui contraire au principe de sécurité juridique et plus précisément à l'exigence de clarté de la règle de droit (C).

A) La multiplication des sources instaurant un recours obligatoire

L'obligation du recours préalable obligatoire suppose l'existence d'un texte spécial qui en consacre l'existence.

En 1955, une part de la doctrine avait estimé que l'obligation d'exercer un recours préalable à l'action contentieuse devait être analysée comme une dérogation aux règles générales de la procédure juridictionnelle et ne devait donc résulter que d'un texte législatif¹⁹⁹, le domaine de la loi été à l'époque illimité.

Par la suite, la Constitution de la V^{ème} République est venu circonscrire le domaine d'intervention du législateur.

Le Conseil constitutionnel, dans une décision de 1988, en a déduit que l'obligation d'un recours préalable ne mettant pas en cause l'exercice du droit d'agir en justice des administrés contre les décisions leur faisant grief, la compétence pour les consacrer rentrait dans le domaine réglementaire²⁰⁰. La jurisprudence est venue préciser cette solution en faisant preuve d'un certain libéralisme dans la détermination des textes réglementaires pouvant instituer cette obligation de recours. Il peut selon elle s'agir d'un décret (ce sera le cas le plus souvent), mais également d'un acte administratif de moindre niveau, par exemple un arrêté ministériel²⁰¹. Elle a même considéré que les statuts d'un organisme privé pouvaient le cas échéant consacrer une telle obligation²⁰².

De la même manière, l'obligation de recours administratif peut également trouver sa source dans des dispositions contractuelles²⁰³. Non seulement les cahiers des charges régulièrement utilisés disposent que les cocontractants de l'administration doivent, avant toute

¹⁹⁹ Voir notamment J-M AUBY, « Les recours administratifs », *A.J.D.A.*, 1955, p. 123.

²⁰⁰ Cons. Const., 10 mars 1988, décision n° 88-154 relative à la loi du 17 janvier 1988 ; *D*, 1988, jurispr., p. 561.

²⁰¹ C.E., 29 mai 1963, Maurel, Rec. p. 334 ; en l'espèce le Conseil d'Etat a reconnu la légalité d'un arrêté interministériel disposant que les décisions des commissions régionales en matière d'accès à la profession d'opticien lunetier doivent être soumises à la commission nationale d'appel d'optique lunetterie avant toute saisine du juge administratif.

²⁰² C.E., 13 juin 1984, Association Hand-ball club de Cysoing, Rec. p. 217 ; *A.J.D.A.*, 1984, p. 572 ; en l'espèce il s'agissait du règlement intérieur d'une fédération sportive.

²⁰³ C. BRECHON-MOULENES, « Le règlement amiable dans les marchés publics », *Rev. Marchés Publics*, avril mai 1987, p. 21.

saisine du juge en cas de litige, exposer dans un mémoire les motifs et l'objet de leur réclamation, lequel doit être obligatoirement adressé à la partie cocontractante. En dehors de cette hypothèse, la consécration d'une telle obligation peut résulter simplement de la libre volonté des parties qui auront inséré dans leur convention une clause en ce sens²⁰⁴.

Le droit français en matière d'instauration de recours administratifs préalables obligatoires est par conséquent caractérisé par une grande diversité des textes pouvant instituer ce type de recours²⁰⁵.

L'état du droit en la matière, en Allemagne par exemple, est incontestablement différent. Le mécanisme des recours administratifs préalables obligatoires y est largement développé, « toutes les lois relatives aux juridictions administratives, générales et spéciales (sociales et fiscales) imposent aux plaideurs l'obligation d'introduire auprès de l'administration des recours administratifs »²⁰⁶. Ainsi le seul fondement admissible à une obligation de recours en droit allemand est un texte législatif. Les solutions applicables se distinguent donc expressément de la solution française.

Ce libéralisme en droit français peut apparaître surprenant. En effet, il attribue à n'importe quel texte réglementaire la possibilité d'établir une condition de recevabilité du recours juridictionnel. Si les faibles exigences sur la nature des textes ayant la capacité d'instituer des recours obligatoires semblent, à première vue, s'expliquer par la volonté du juge administratif de désencombrer son prétoire, une telle attitude n'en est pas moins contestable. Attribuer au pouvoir réglementaire la possibilité de limiter le droit d'accès au juge des justiciables est nécessairement critiquable, ce d'autant que les auteurs de ces textes ne font pas, la plupart du temps, vraiment preuve de rigueur.

B) Le laxisme dans la rédaction des textes instaurant un recours obligatoire

Au-delà de la problématique de la nature du texte susceptible d'instituer un préalable obligatoire, l'analyse des cas dans lesquels ces dispositions admettent effectivement l'existence de l'obligation se révèle particulièrement compliquée, les rédacteurs ne s'étant pas attachés à privilégier en la matière des formulations précises de nature à ne faire planer aucun doute sur l'existence ou non d'une obligation de recours. Le Professeur René Chapus s'est

²⁰⁴ C.E., 26 juillet 1985, S.A Degrémont, Rec. p. 247 ; R.F.D.A., 1986, p. 26, concl. M. Dandelot.

²⁰⁵ Voir les larges développements sur ce point : J.F. BRISSON, « *Les recours administratifs en droit public français* », L.G.D.J., 1996, p. 430 et svt. ; ainsi que J-M AUBY, « *Les recours administratifs préalables* », A.J.D.A., 1997, p. 10.

²⁰⁶ E. PREVEDOUROU, « *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droit allemand et français* », L.G.D.J, 1996, p. 95.

livré sur cette question à une étude minutieuse des termes employés par ces diverses dispositions²⁰⁷. Il recense deux types d'hypothèses.

Dans le premier cas, « l'obligation d'un recours obligatoire est institué aussi explicitement que possible : si bien que les jugements et arrêts qui en reconnaissent l'existence ne sont guère susceptibles d'ajouter à l'état du droit ». Il en est ainsi à titre d'exemple concernant le recours imposé en matière de contentieux des élections universitaires. L'article 39 du décret du 18 janvier 1985 le dispose expressément : « tout électeur ainsi que le président de l'établissement et le recteur ont le droit d'invoquer l'irrégularité ou la nullité des opérations électorales devant le tribunal administratif...Ce recours n'est recevable que s'il a été précédé d'un recours préalable devant la commission du contrôle des opérations électorales »²⁰⁸.

Pour évoquer les autres formulations utilisées, il peut être fait référence à l'article 20 du décret du 25 novembre 1987 qui pose que « préalablement à toute instance contentieuse », les décisions préfectorales suspendant ou retirant une autorisation d'exercer en secteur privé dans un hôpital public doivent donner lieu à un recours hiérarchique devant le ministre de la santé²⁰⁹. De même, les détenus qui souhaiteraient contester une sanction disciplinaire doivent saisir d'une réclamation le directeur régional des services pénitentiaires « préalablement à tout autre recours »²¹⁰. L'utilisation de formulations aussi claires reste cependant et en pratique assez exceptionnelle.

Ce qui nous amène au deuxième cas de figure pour le moins surprenant alors envisagé par le Professeur Chapus, celui où « la rédaction des textes est telle, que sans être instituée de façon absolument explicite, l'obligation de recours préalable est aussi certaine que possible »²¹¹. Il en est ainsi s'agissant des contestations de la validité des élections au Conseil supérieur des Tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel qui « sont portées » devant le ministre de la justice²¹². De même, « sont soumises à une commission départementale » les décisions des services chargés du paiement de l'aide personnalisée au logement et de la prime de déménagement²¹³.

²⁰⁷ R. CHAPUS, « *Droit du contentieux administratif* », Collection Domat Droit public, Monchrestien, 12^e édition, 2006, p. 400.

²⁰⁸ Décret n° 85-59 du 18 janvier 1985 relatif au contentieux des élections universitaires.

²⁰⁹ Décret n° 87-944 du 25 novembre 1987

²¹⁰ Article D 250-5 Code de procédure pénale ; C.E., avis, 29 décembre 1999, Leboulch, Rec. p. 426.

²¹¹ R. CHAPUS, *op. cit.*

²¹² Décret du 17 juillet 1987 ; CJA, article R 232-16.

²¹³ Article L 351-14 du Code de la construction et de l'habitat ; C.E., 10 juillet 1987, Madame Auger, Rec. p. 870.

Plus étonnant encore et en dehors de ces deux cas de figure, il arrive souvent que du fait du laconisme des règles institutives, le juge déduise lui-même de ces textes l'obligation de recours administratif préalable. Nous y reviendrons.

Cet état du droit, complexe et aléatoire, avait conduit le Professeur J-M Auby à appeler de ses vœux une clarification²¹⁴, souhait auquel on ne peut que se rallier tant il est vrai que ne peut être accepté ce type de solution qui contrevient aux exigences relatives à la qualité de la loi.

C) Un état du droit contraire aux exigences relatives à la qualité de la règle de droit

Le principe de sécurité juridique revêt deux facettes, la première a trait à la qualité de la norme, la seconde est liée à la nécessité pour les pouvoirs publics, d'assurer autant que faire se peut, la stabilité des situations juridiques sur le moyen terme.

Seul le premier aspect nous intéresse ici. Il renvoie plus précisément aux exigences de clarté, d'intelligibilité, et d'accessibilité de la norme juridique, composantes les plus fondamentales dont le respect est désormais contrôlé de manière attentive par le Conseil constitutionnel. Du fait de la « dégradation de la qualité de la législation..., phénomène récurrent et préoccupant pour la bonne tenue de nos institutions et la bonne marche de notre démocratie »²¹⁵, dont le domaine des recours administratifs préalables obligatoires en constitue à coup sûr un exemple flagrant, le Conseil Constitutionnel depuis une dizaine d'années poursuit une politique jurisprudentielle de nature à remédier à ce mouvement.

Il a notamment, pour ce faire, érigé au rang d'exigence constitutionnelle le principe de clarté de la législation²¹⁶, et a fait des principes d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi un objectif de valeur constitutionnelle²¹⁷. Ainsi, sans qu'il soit fait expressément référence dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative au principe de sécurité juridique en tant que tel, son « aspect formel »²¹⁸ n'en est pas moins dans les faits protégé.

La consécration solennelle de ces exigences avait dès lors pour but d'encourager les institutions normatives à élaborer des textes rédigés de manière précise, dépourvus de toute ambiguïté voire d'obscurité, posant des prescriptions claires et parfaitement lisibles.

²¹⁴ J-M AUBY, « Les recours administratifs préalables », *A.J.D.A.*, 1997, p. 10 (13).

²¹⁵ L. FAVOREU, « *Droit constitutionnel* », Précis Dalloz, 9^{ème} édition, 2006, p. 735.

²¹⁶ Cons. Constit., décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, Loi d'orientation pour l'Outre-Mer.

²¹⁷ Cons. Constit., décision n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, Loi portant réforme de l'élection des sénateurs.

²¹⁸ Rapport du Conseil d'Etat, « *Sécurité juridique et complexité du droit* », Etudes et documents du Conseil d'Etat n°57, La documentation française, 2006, p. 281 et svt.

Corrélativement, une telle attitude permettait d'éviter toute confusion dans l'application que feront d'une part les juges et d'autre part l'administration de ces dispositions.

Tel ne fut assurément pas la direction suivie par les institutions normatives en matière de recours administratifs préalables obligatoires, le droit positif en la matière se révèle indubitablement contraire aux exigences nouvellement consacrées.

Le principe de sécurité juridique implique que « les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable »²¹⁹, ce qui est par conséquent obligatoire et ce qui est facultatif.

En l'état actuel du droit et concernant l'organisation des recours administratifs préalables obligatoires, les développements menés sur ce point ci-dessus démontrent clairement que les administrés, du fait en premier lieu de la multiplication des sources susceptibles d'instituer un recours obligatoire préalable, en second lieu du laxisme dont font preuve les rédacteurs de ces textes, peuvent rencontrer de larges difficultés pour déterminer si les litiges qui les concernent sont soumis ou non à une exigence de recours administratif préalable.

Il est nécessairement malaisé pour le particulier de se douter qu'un simple règlement intérieur puisse consacrer une condition de recevabilité du recours juridictionnel. Il lui est logiquement difficile de spontanément percevoir que la formule « les décisions peuvent être portées » consacre une « possibilité » qui doit en fait être analysée comme une obligation dont le non respect peut conduire à lui fermer toute voie d'accès au juge. La multiplication progressive des régimes de recours obligatoires s'est par conséquent opérée dans un sens totalement contraire aux exigences de valeur constitutionnelle composant l'aspect formel du principe de sécurité juridique.

Heureusement, l'élan de rationalisation récemment engagé en la matière semble enclin à combler cette lacune inacceptable. Nous l'avons vu, au début des années 2000, le législateur et le pouvoir réglementaire sont venus imposer une obligation de recours préalable dans des contentieux d'un point de vue quantitatif importants. Qu'il s'agisse du contentieux des militaires, de celui relatif aux refus de visas ou encore de celui de la fonction publique ou ce changement n'a pas encore été mis en œuvre, les autorités normatives ont fait preuve d'une plus grande rigueur, les textes considérés sont clairs, lisibles et davantage accessibles pour les particuliers concernés. Les pouvoirs normatifs ont enfin pris la peine d'assumer leurs

²¹⁹ *Ibid* p. 281.

responsabilités. L'aspect formel de la sécurité juridique s'en trouve désormais davantage respecté.

Phénomène découlant de l'imprécision des textes institutifs de recours, le juge administratif est souvent amené à interpréter ces dispositions pour consacrer l'existence ou non d'un recours obligatoire. Ce travail d'analyse se caractérise malheureusement par un libéralisme manifeste.

§2 : L'interprétation libérale des dispositions textuelles instituant le recours

Du fait de l'imprécision, dans une proportion non négligeable, des textes relatifs aux recours administratifs, la transformation d'un recours en principe facultatif en un recours obligatoire est en pratique largement conditionnée par l'interprétation opérée par le juge de ces diverses dispositions (A). Cette méthode apparaît largement attentatoire à l'exigence de prévisibilité de la règle de droit (B). Une plus grande rigueur en la matière de la part du juge est donc souhaitable.

A) L'existence de l'obligation largement tributaire de la volonté du juge

En raison le plus souvent du caractère laconique sur ce point des textes instituant des recours administratifs, il revient au juge, lorsqu'il en a l'occasion, d'analyser ces derniers pour déterminer s'ils sont de nature à consacrer une obligation de recours ou s'ils ont entendu conserver au recours administratif un caractère facultatif. Ces insuffisances rendent le caractère obligatoire de ces recours largement tributaire de l'attitude adoptée par le juge à l'égard de ces textes. Cette « déduction résulte d'une interprétation constructive des dispositions textuelles »²²⁰. La jurisprudence, par le biais d'une interprétation la plupart du temps déformante, compréhensive vient en la matière compléter, concrétiser ou approfondir les règles posées par le pouvoir normatif.

Pour ce faire, le juge administratif a élaboré un faisceau d'indices auquel il se réfère pour accomplir cette mission qui lui est indirectement et de manière tout à fait regrettable assignée.

²²⁰ R. CHAPUS, *op. cit.* p. 404.

Ainsi, le commissaire du gouvernement Rougevin-Baville dans ses conclusions sur l'arrêt Ministre de la santé publique et de la Sécurité sociale contre Demoiselle Bruguière en date du 19 novembre 1971, après avoir parlé de « jurisprudence foisonnante (...), rebelle à la systématisation » a tenté d'opérer une classification de ces critères²²¹. Il recense plusieurs types d'argument : les arguments de texte, c'est-à-dire les expressions employées, les arguments de fond qui renvoient à la nature de la matière concernée, et enfin les arguments d'opportunité, c'est-à-dire l'opinion que se fait le juge sur l'opportunité de la solution à retenir.

Ainsi, le juge prend tout d'abord en compte la formule utilisée pour désigner le recours administratif. Si le texte emploie le mot « appel » ou le terme « saisine », il est largement probable qu'il confère au recours considéré un caractère obligatoire²²².

Ensuite, il arrive souvent que soit appréhendé comme obligatoire un recours dont la disposition institutive précise qu'il « peut » être le cas échéant exercé²²³. Il semble donc ici que la simple évocation par le texte d'une possibilité de recours doive être interprétée comme consacrant systématiquement une obligation dont le respect conditionne la recevabilité du recours juridictionnel. C'est sur ce point que le libéralisme du juge est le plus flagrant, il opère une interprétation qui contrevient frontalement à la rédaction du texte considéré pourtant clair « en (le lisant) consciemment et volontairement de travers »²²⁴.

Enfin et surtout, le juge considère que l'organisation de la procédure de recours par le texte traduit dans la majorité des cas l'intention de son auteur d'imposer une obligation. Cette organisation peut résulter de l'attribution de la compétence pour examiner le recours à une instance collégiale ayant un caractère représentatif, de la fixation de délais déterminés pour l'introduction du recours et pour la réponse qui doit y être apportée, de la consécration d'une exigence de motivation²²⁵.

²²¹ C.E., 19 novembre 1971, Ministre de la santé publique et de la Sécurité sociale contre Bruguière, Rec. p. 691 ; *Rev. Adm.*, 1972, p. 268.

²²² Pour une utilisation du terme « appel » voir C.E., 30 mars 1973, Gen, concl. Guillaume, *A.J.D.A.*, 1973, p. 268.

²²³ A titre d'exemple voir : C.E., 3 juillet 1981, Ministre du travail et de la participation contre Gaumont, Rec. p. 578 ; C.E., 1^{er} avril 1992, SA Clinique gynéco-obstétricale Marivaux, Rec. p. 147 : l'article R 162-35 du code de sécurité sociale prévoyait simplement que « la décision d'homologation ou de refus d'homologation peut faire l'objet d'un recours devant le ministre chargé de la sécurité sociale qui statue après avis de la commission paritaire nationale ».

²²⁴ E. PREVEDOUROU, « *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droit allemand et français* », L.G.D.J, 1996, p. 110.

²²⁵ Voir successivement : C.E., 20 octobre 1967, Sieur Palisse, Rec. p. 383, concl. Rigaud ; C.E., 9 février 1996, Ragot, Rec. p. 32, *D.A.*, 1996, n° 224 ; *R.F.D.A.*, 1996, p. 399 ; C.E., 1^{er} février 1980, Clinique Ambroise Paré, Rec. p. 62.

Par cette attitude, le juge administratif a contribué à la réduction du champ d'application du principe selon lequel il est toujours possible mais en revanche jamais obligatoire d'introduire un recours administratif préalablement à la saisine du juge. La multiplication corrélative des recours obligatoires, nous l'avons vu, n'est pas en elle-même contestable. C'est la méthode utilisée pour y parvenir qui est nécessairement regrettable.

Elle est de nature à déjouer toute prévisibilité de la règle de droit.

B) Une méthode attentatoire aux exigences de prévisibilité de la norme juridique

Le libéralisme dont fait preuve le juge dans l'interprétation des textes, trop souvent laconiques, qui instituent des régimes de recours administratif préalable obligatoire, contrevient au deuxième aspect du principe de sécurité juridique, « l'axe temporel », relatif à la prévisibilité et à la stabilité de la règle de droit. Il postule en effet, pour le domaine qui nous intéresse que les règles du contentieux administratif, à fortiori celles qui concerne les recours administratifs le cas échéant obligatoires, soient rigoureuses, stables pour pouvoir être facilement connues de l'ensemble des administrés.

Eugénie Prévédourou a parfaitement résumé cette idée. « Les justiciables doivent savoir avec précision si dans un domaine particulier de l'action administrative, ils doivent sous peine d'irrecevabilité de leur recours juridictionnel, soumettre leur litige à l'autorité administrative compétente. Il s'ensuit qu'une réduction de l'importance de la source jurisprudentielle par des interventions régulières et systématiques du pouvoir législatif et réglementaire serait souhaitable pour assurer la stabilité et la certitude que la vie sociale attend du droit »²²⁶.

Or en s'écartant, parfois délibérément comme nous l'avons vu, du droit écrit, lorsqu'il estime plus adéquat de faire précéder le recours au juge d'une tentative de règlement amiable des litiges, le juge administratif va directement à l'encontre de ces exigences de stabilité et de certitude. C'est d'ailleurs pour cette raison que certains commissaires du gouvernement ont appelé à une plus grande prudence en matière de reconnaissance du caractère obligatoire des recours administratifs²²⁷.

²²⁶ Op. cit. p 109.

²²⁷ Les conclusions du commissaire du gouvernement Bacquet sur l'arrêt du Conseil d'Etat Clinique Ambroise Paré en date du 1^{er} février 1980, sont sur ce point éclairantes. Il y déclare « qu'il ne suffit pas qu'un texte ait prévu la possibilité de saisir une instance administrative ; il faut aussi qu'il l'ait organisée de telle sorte que cette procédure apparaisse soit comme la modalité normale d'élaboration d'une décision administrative, soit, ou en même temps, comme un véritable précontentieux destiné à donner des garanties particulières aux administrés » ; *R.D.S.S.*, 1980, p. 359.

Une telle souplesse ne peut être permise en matière de recours administratif préalable obligatoire, ce procédé ayant des conséquences directes sur la protection juridictionnelle et le droit d'agir en justice des particuliers.

On retrouve cependant fort heureusement dans ce domaine le même changement de perspective qu'en matière de rédaction imprécise des textes. Les nouveaux régimes de recours obligatoires institués ces dernières années posent explicitement les obligations de recours. Les administrés sont alors certains de devoir s'acquitter d'une telle obligation. Ce mouvement vient légitimement réduire la place de l'interprétation du juge dans la détermination du caractère obligatoire des recours administratifs préalables.

L'imprécision des textes instaurant des régimes de recours administratif et l'interprétation libérale qui est faite par le juge de ces dispositions sont de nature à rendre illisible donc incertain le champ d'application de l'obligation de recours préalable.

L'absence de continuité de la jurisprudence administrative récente relative à la détermination des personnes concernées par cette obligation de recours ne fait que renforcer cette problématique.

Section 2 : Les hésitations relatives à la détermination des personnes concernées par l'obligation de recours

Certains textes se contentent de poser une obligation générale de recours administratif préalable concernant un certain type de décision. D'autres consacrent une obligation de recours pour une catégorie de personnes limitée, les individus concernés sont alors expressément mentionnés par les dispositions considérées. En découle un traitement différencié pour un même type de décision qui est fonction de la qualité des personnes considérées.

Curieusement, cette problématique n'a que récemment été remise au goût du jour par la jurisprudence administrative qui a exprimé la volonté d'opérer en la matière une unification, une harmonisation des règles applicables. En l'espace de quelques mois, les revirements de jurisprudence se sont succédés. Le juge administratif a, dans un premier temps, par une décision importante, amorcé une généralisation des personnes devant être considérées comme titulaires d'une obligation de recours (Paragraphe 1) pour rapidement et

dans un second temps revenir partiellement sur ce mouvement (Paragraphe 2). L'absence de continuité jurisprudentielle en la matière traduit d'ailleurs la difficulté de la question.

§1 : Une généralisation amorcée

N'hésitant pas à prendre des libertés vis-à-vis des textes, le juge administratif par une décision Louis en date du 28 septembre 2005 est venu de manière audacieuse étendre le champ d'application « organique » des recours administratifs préalables obligatoires (A). Cette solution avait le mérite de conférer à ces derniers un caractère général (B).

A) Une extension audacieuse

Par principe, lorsque un texte instaurant une procédure de recours administratif préalable obligatoire prend le soin de mentionner les personnes qui doivent s'acquitter de cette obligation, les personnes non visées par ces dispositions conservent logiquement la simple faculté de saisir l'administration compétente d'un recours administratif de droit commun²²⁸.

Par un arrêt du 28 septembre 2005 Louis²²⁹, le Conseil d'Etat est venu clairement contrarier cette règle.

Au cas d'espèce, le docteur Louis, avec son confrère le docteur Olivier, avait créé une SCP en 1986, laquelle avait été inscrite au Conseil de l'Ordre des médecins de Meurthe-et-Moselle. Monsieur Louis s'est par la suite retiré de la SCP. La SCP initiale est devenue la SCP du docteur Olivier puis une SELARL. Ces transformations ont donné lieu à deux délibérations du Conseil départemental de l'Ordre des médecins. Le docteur Louis a saisi le tribunal administratif puis la cour administrative d'appel de Nancy d'une demande d'annulation de ces deux décisions. Ayant été débouté de sa demande, il a saisi le Conseil d'Etat d'un pourvoi en cassation qui a soulevé d'office, sur le fondement de l'article L. 415 du code de la santé publique²³⁰ (le moyen tiré de l'inobservation de la procédure de recours

²²⁸ Par exemple, en matière d'ordre professionnel, est obligatoire le recours des intéressés devant l'instance ordinaire supérieure contre les décisions relatives à l'inscription au tableau des ordres professionnels. Ainsi, par exemple, concernant l'ordre des experts-comptables, le recours devant le comité national du tableau est obligatoire seulement pour l'intéressé et le commissaire du gouvernement, non pour les autres requérants ; C.E., 25 avril 1975, Bierge, Rec. p. 266.

²²⁹ C.E., 28 septembre 2005, Rec. p. 401 ; concl. A-F Roul, *B.J.C.L.*, n°1/06, p. 60; *A.J.D.A.*, 2006, p. 103.

²³⁰ L'article L 415 disposait alors que « les décisions du conseil départemental rendues sur les demandes d'inscription au tableau peuvent être frappées d'appel devant le conseil régional, par le médecin demandeur s'il s'agit d'un refus d'inscription, par le conseil national s'il s'agit d'une décision d'inscription ».

préalable obligatoire étant d'ordre public) l'irrecevabilité du recours porté devant le tribunal administratif pour défaut d'exercice de ce recours.

Par cette décision, le juge administratif revient nettement sur sa jurisprudence antérieure qui appréciait strictement l'étendue du champ d'application de l'obligation de recours concernant les personnes auxquelles elle s'impose. Il avait à plusieurs reprises déclaré qu'en présence d'une procédure spéciale strictement réservée aux personnes mentionnées par le texte l'instaurant, l'exercice d'un recours préalable ne pouvait être exigé des administrés ne faisant pas partie des personnes énumérées²³¹.

L'arrêt Louis revient frontalement sur cette solution. Il pose que « lorsque les dispositions législatives ou réglementaires organisent une procédure obligatoire de recours administratif préalable à l'intervention d'une juridiction, le respect de cette procédure s'impose à peine d'irrecevabilité du recours contentieux à toute personne justifiant d'un intérêt lui donnant qualité pour introduire ce recours contentieux ; qu'il en va ainsi même dans les cas où les dispositions régissant la procédure de recours administratif préalable, dans l'énumération qu'elles donnent des personnes susceptibles de le former, auraient omis de faire figurer toute autre personne justifiant d'un intérêt suffisant pour l'exercer ». Ainsi, ce considérant doit être compris comme instituant un préalable obligatoire pour toute personne susceptible de former un recours contentieux contre une décision qui doit obligatoirement et préalablement à la saisine du juge faire l'objet d'une réclamation devant l'administration.

Il est intéressant de noter que l'adoption d'une telle solution est certes critiquable mais loin d'être surprenante. Critiquable car le Conseil d'Etat s'autorise en l'espèce à interpréter un texte qui ne donnait pas lieu à des hésitations. Le sens de ce dernier était parfaitement clair. Or le juge administratif vient lui conférer une signification contraire à son sens littéral. Pas surprenante car cette attitude s'inscrit dans le droit fil du comportement général adopté par ce dernier dans la détermination du caractère obligatoire des recours administratifs créés par les pouvoirs normatifs.

Cette solution n'en a été pas moins prévisible au cas d'espèce. En effet, elle s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence généralisant le recours préalable pour les tiers en matière d'inscription au tableau des ordres professionnels. Le Conseil d'Etat dans plusieurs arrêts avait déjà opté pour une solution similaire, concernant les décisions de radiation du tableau de l'Ordre des médecins et les décisions de refus d'inscription au tableau régional des

²³¹ C.E., 25 avril 1975, Bierge, Rec p. 266 : en matière d'inscription au tableau de l'ordre des experts-comptables ; C.E., 6 janvier 1989, SCI Aménagement Ajaccio-Mezzavia, Rec. p. 498 : concernant le contentieux des autorisations d'urbanisme commercial.

architectes, également en matière d'inscription au tableau de l'ordre des vétérinaires²³². Néanmoins, et c'est sur ce point que réside l'originalité de cette décision, la formulation utilisée dans l'arrêt Louis a une portée plus générale que celles utilisées dans les précédents évoqués.

Désormais, dès lors qu'un recours administratif est perçu comme obligatoire, les tiers qui désirent contester les décisions soumises à une obligation de recours doivent systématiquement saisir l'administration compétente d'une réclamation préalable en ce sens.

Cette extension a pour conséquence de conférer à l'obligation de recours un caractère général.

B) Une volonté louable : l'attribution d'un caractère général à l'obligation

Dans ses conclusions relatives à l'arrêt Louis qui ont d'ailleurs été suivies par le Conseil d'Etat, le commissaire du gouvernement Anne-Françoise Roul, avait fondé la solution retenue sur deux considérations²³³. Elle avait d'une part mis en avant la nécessité de ne pas « priver l'instance nationale compétente de chaque ordre professionnel de son rôle d'unification des pratiques des différents conseils départementaux en matière d'inscription au tableau, (...) et de la possibilité d'arrêter la position de l'Ordre sur les questions de principe (...) ». Elle avait d'autre part évoqué le fait qu'admettre que les tiers puissent en la matière saisir directement le juge administratif aboutissait à une « discordance dans l'architecture des recours contentieux », le Conseil d'Etat selon les cas statuant soit en tant que juge de cassation, soit en tant que juge de l'excès de pouvoir.

Si ces préoccupations sont parfaitement légitimes, le commissaire du gouvernement Roul ne s'est en revanche pas penché sur un autre avantage qui découle de la jurisprudence Louis et qui selon nous ne peut être occulté. Adopter une conception extensive, comme s'y est efforcé en l'espèce le Conseil d'Etat, de l'obligation de recours préalable revient à conférer aux recours administratifs préalables un caractère général. Ce mécanisme s'applique alors à un acte et non à des personnes. A partir du moment où un recours administratif est imposé pour un certain type de décision, il est logique que cette procédure soit applicable dans tous les cas, indépendamment de la qualité de la personne qui conteste le recours. Cette solution aboutit à pallier les inconvénients manifestes résultant de l'état du droit antérieur. Une telle

²³² Voir successivement : C.E., 13 mai 1970, Conseil départemental de l'ordre des médecins de l'Eure, Rec. p. 334 ; C.E., 1^{er} octobre 1982, Ministre de l'urbanisme contre Houyez, Rec. p. 331 ; C.E., 2 mai 1990, Tostain, Rec. p. 110.

²³³ Conclusions A-F Roul, *B.J.C.L.*, n°1/06, p. 60.

règle a d'une part le mérite de la clarté, la procédure à suivre est clairement établie et les hésitations ne sont plus de mise. D'autre part et surtout, elle évite la mise en place « d'un double contentieux, devant l'instance administrative de recours et devant le juge »²³⁴. Elle supprime l'existence non justifiée de voies de recours distinctes pour des litiges similaires qui peut donner lieu en pratique à des situations regrettables.

Le commissaire du gouvernement Gilbert Guillaume a, en 1973, dans ses conclusions sur un arrêt relatif à une demande d'autorisation adressée au Conseil départemental de l'ordre des médecins, très bien résumé le problème en déclarant que « dans le système actuel, il est à craindre que le tribunal administratif et le Conseil national, simultanément saisi, se livrent au gré des circonstances, à une course, soit de lenteur, soit de vitesse également irritantes. Dans le premier cas, chacun attendra (...) la décision de l'autre, pour y voir plus clair. Dans le second, on s'exposera à ce que le tribunal administratif et le Conseil national statuent en même temps, leurs décisions semblables ou opposées pouvant créer un imbroglio qui n'avancera guère la solution définitive de l'affaire »²³⁵.

Ainsi l'attribution d'un caractère général à l'obligation de recours administratif préalable, l'application systématique de cette procédure à un type d'acte et non à une catégorie de personnes permet de remédier à ces lacunes. L'approche devant être privilégiée doit être matérielle et non pas organique. L'obligation de recours doit être rattachée à un type d'actes, non à des personnes.

On peut espérer, à l'avenir, que la création de nouveaux régimes de recours administratifs préalables obligatoires soit sur ce point, également, davantage rationalisée et méthodique. L'instauration d'une obligation de recours doit concerner l'ensemble des personnes, de près ou de loin concernées par l'acte en question, et qui sont susceptibles d'en contester à un moment donné la validité.

Un effort des pouvoirs normatifs en ce sens est d'autant plus souhaitable que la Section du contentieux du Conseil d'Etat, en privilégiant par la suite une approche pragmatique, est revenue, quelques mois plus tard et en dépit de ses avantages sur la solution dégagée dans l'arrêt Louis.

²³⁴ J-C BONICHOT, « le recours administratif préalable obligatoire : dinosaure juridique ou panacée administrative ? », in *Mélanges Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 81, (84).

²³⁵ Conclusions Gilbert Guillaume sous l'arrêt du Conseil d'Etat Gen en date du 30 mars 1973, Rec. p. 269 ; *A.J.D.A.*, 1973, p. 268.

§2 : Une généralisation avortée

Par un arrêt de Section en date du 10 mars 2006²³⁶, le Conseil d'Etat a partiellement remis en cause la règle qu'il avait lui-même consacrée dans l'arrêt Louis en 2005. Le juge administratif est en effet venu atténuer la portée de la généralisation à l'ensemble des personnes concernées par une décision, du caractère obligatoire du recours administratif préalable. Si ce revirement apparaît regrettable (A), il ne peut être en revanche totalement déploré. La position adoptée par le juge a en effet été commandée essentiellement par un souci de pragmatisme (B).

A) Une régression regrettable

De manière tout à fait surprenante, et comme l'ont d'ailleurs remarqué Claire Landais et Frédéric Lénica, la décision du Conseil d'Etat Société Leroy Merlin du 10 mars 2006 « fait la théorie du recours administratif préalable obligatoire devant les instances professionnelles » alors que le juge en l'espèce été saisi d'une affaire en matière d'équipement commercial²³⁷.

Par une décision de 1999, la commission départementale de l'équipement commercial de la Dordogne a fait droit à la demande d'autorisation de la Société Leroy Merlin qui souhaitait créer un nouveau magasin. Le tribunal administratif de Bordeaux a, sur demande d'un tiers annulé cette autorisation. Ce jugement a été par la suite confirmé par le juge d'appel. Devant le Conseil d'Etat, la Société Leroy merlin a soulevé le moyen tiré de ce que la Cour n'aurait pas relevé d'office, du fait de l'absence de recours administratif préalable introduit par le tiers, l'irrecevabilité du recours²³⁸.

Par une application de la jurisprudence Louis, le juge administratif aurait du faire droit aux prétentions de la société requérante. Or c'est exactement ce que ne fit pas le Conseil d'Etat. En l'espèce le juge administratif affirme que « les tiers qui sont susceptibles de contester la décision de la commission départementale d'équipement commercial sont recevables à saisir directement la juridiction administrative »²³⁹. Le Conseil d'Etat revient implicitement sur la portée générale conférée à l'arrêt Louis et cantonne la règle à l'époque

²³⁶ C.E., 10 mars 2006, Société Leroy Merlin, n°278220 ; Conclu. Y Struillou, *R.F.D.A.*, 2006, p. 550 ; *A.J.D.A.*, 2006, p. 796.

²³⁷ C. LANDAIS, F. LENICA, obs. sur l'arrêt Société Leroy Merlin du 10 mars 2006 ; *A.J.D.A.*, 2006, p. 796.

²³⁸ En la matière, l'article L 720-10 du code de commerce pose que la commission départementale d'équipement commercial ne peut être saisie que par les personnes suivantes explicitement visées par le texte : le préfet, deux membres de la commissions ou le demandeur.

²³⁹ Le Conseil d'Etat réaffirme sa jurisprudence antérieure dans le domaine de l'urbanisme commercial posée par un arrêt du 6 janvier 1989, SCI Aménagement Ajaccio-Mezzavia (référence précitée).

dégagée selon laquelle l'obligation de recours préalable s'impose à toute partie intéressée, même si elles ne sont pas explicitement mentionnées par les textes, au seul contentieux des décisions ordinaires. Ainsi, excepté pour le cas particulier du contentieux relatif aux ordres professionnels, la jurisprudence Louis est expressément abandonnée.

A une interprétation initialement souple des textes en la matière se substitue une interprétation stricte qui doit désormais être opérée par le juge.

L'indécision de la Haute Assemblée dans ce domaine, peut être regrettée. Les raisons ayant poussé le Conseil d'Etat au cas d'espèce à revenir sur la solution dégagée dans l'arrêt Louis, nous allons le voir, sont il est vrai légitimes. Néanmoins, ces revirements en cascade auraient pu être évités si le juge administratif avait profité de l'occasion qui lui était en l'espèce donnée pour remettre en cause un principe ancien, l'absence de modulation dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence, règle régulièrement déplorée par une partie de la doctrine.

B) Une solution pragmatique : l'absence de modulation des effets dans le temps d'un revirement de jurisprudence

Claire Landais et Frédéric Lénica ont déclaré que la décision de Section Société Leroy Merlin était « l'expression du souci du Conseil d'Etat de s'en tenir à la lettre des textes, lorsque cette lettre est univoque et précise »²⁴⁰.

Il est vrai que la volonté du juge administratif de privilégier une telle attitude ne peut être que saluée. On peut cependant douter que seul ce désir soit à l'origine du retour en arrière opéré par le Conseil d'Etat qui jusqu'à présent n'éprouvait pas de réelles difficultés, lorsqu'il le jugeait opportun, à prendre certaines libertés vis-à-vis des textes. Difficile de croire que la jurisprudence Société Leroy Merlin trouve son fondement dans cette seule considération.

La raison la plus manifeste de ce revirement doit en réalité être recherchée ailleurs. Les conclusions du commissaire du gouvernement Struillou sur cette décision le démontre expressément²⁴¹.

Si la Section du contentieux avait décidé de maintenir en matière d'urbanisme commercial la solution consacrée par l'arrêt Louis, elle aurait été nécessairement amenée, comme le lui proposait le commissaire du gouvernement, à s'interroger sur le cas des litiges en cours et à envisager une éventuelle limitation dans le temps de l'effet rétroactif de cette jurisprudence.

²⁴⁰ *Op.cit.* p. 797.

²⁴¹ Concl. précitées, *R.F.D.A.*, 2006, p. 550.

En effet, comme l'explique clairement Bertrand Seiller, « les décisions juridictionnelles sont nécessairement rétroactives dans la mesure où le juge statue inéluctablement sur une situation passée. En conséquence, lorsque le juge est contraint de poser une règle nouvelle pour trancher un litige, son application à l'espèce revient à appliquer à des faits une règle de droit qui n'existait pas au moment où ils se sont produits »²⁴².

Il convient de replacer cette considération dans le contexte qui nous intéresse. Une application stricte de la jurisprudence Louis en matière d'urbanisme commercial aurait eu pour effet en pratique de fermer l'accès au juge à un nombre important d'administrés n'ayant pas introduit un recours administratif devant l'autorité compétente, devenu postérieurement obligatoire. La rétroactivité de cette nouvelle jurisprudence aurait eu des conséquences trop radicales pour les particuliers et leur droit d'accès à un tribunal pour qu'elles soient tolérées.

La solution de l'arrêt Louis aurait pu être maintenue et ces conséquences néfastes évitées si le Conseil d'Etat s'était en l'espèce résolu, comme l'y invité son commissaire du gouvernement, à moduler dans le temps les effets de cette jurisprudence. Mais le juge s'y est expressément refusé. Ce rejet ne laissait plus d'alternative. Le Conseil d'Etat se trouvait dans l'obligation de revenir sur la généralité de l'arrêt Louis pour préserver le droit d'accès au juge des particuliers. Cette solution est certes pragmatique et ne peut être de ce fait totalement condamnée.

En revanche, l'on peut regretter le manque d'audace dont a fait preuve le juge. L'occasion lui été offerte non seulement de maintenir la jurisprudence Louis et ses avantages mais également de revenir sur une règle dont la rigidité est aujourd'hui fréquemment contestée, l'effet strictement rétroactif de la jurisprudence. Il ne l'a malheureusement pas saisi.

Le refus du Conseil d'Etat sur ce point contraste avec sa jurisprudence de 2004 en matière de décision d'annulation²⁴³. Ce premier changement avait fait resurgir, au sein de la juridiction l'épineuse question de la modulation dans le temps des effets de la jurisprudence suscitant une importante réflexion sur cette problématique de la part de la doctrine, relayée par certains commissaires du gouvernement. Le juge administratif s'était toujours refusé à franchir cette étape²⁴⁴. Il a confirmé cette hostilité dans la décision Société Leroy Merlin qui nous intéresse ici. Le Conseil d'Etat n'avait alors pas d'autre choix que de confirmer la jurisprudence Louis.

²⁴² B. SEILLER, « Partie remise ou fin de partie ? », *A.J.D.A.*, 2006, p. 681.

²⁴³ C.E., Ass, 11 mai 2004, Association AC !, Rec. p. 197 ; *R.F.D.A.*, 2004, p. 454, concl. Devys ; *A.J.D.A.*, 2004, p. 1183.

²⁴⁴ Voir en ce sens par exemple C.E., 14 juin 2004, SCI Saint-Lazare, Rec. p. 563. ; *D.A.*, novembre 2004, p. 47.

Cette première insuffisance de l'organisation juridique des recours obligatoires doit être gommée. Il est donc souhaitable pour ce faire que les pouvoirs normatifs et le juge administratif fassent preuve de davantage de rigueur, d'une part dans la rédaction des textes instaurant ce type de recours, d'autre part dans l'interprétation qui est faite de ces dispositions.

Après cette première lacune, il convient d'en évoquer une seconde, tout autant regrettable et qui a elle aussi des conséquences fâcheuses sur la situation des administrés dans le cadre des recours préalables.

En effet, le manque criant de formalisme dans la procédure des recours administratifs préalables obligatoires est incontestablement de nature, d'une part à porter atteinte à certaines des garanties fondamentales dont devraient bénéficier les justiciables, d'autre part à faire perdre son utilité à ce procédé.

Chapitre 2 : Des insuffisances procédurales persistantes

Certaines conditions de fonctionnement des recours administratifs préalables obligatoires doivent être sensiblement améliorées pour éviter que cette technique ne perde de son attractivité et surtout de sa crédibilité. L'organisation de ce procédé doit être exempte de vices et de critiques.

Plus particulièrement, deux grandes lacunes demeurent en la matière. Il est difficile de faire accepter par les citoyens un mécanisme dont le fonctionnement reste marqué par l'existence d'atteintes aux droits les plus élémentaires des justiciables. Celles-ci doivent être nécessairement résorbées (Section 1). De la même manière, les administrés doivent avoir l'assurance que leurs demandes seront valablement traitées et examinées par les autorités compétentes. Tel n'est pas encore le cas en l'état actuel du droit. Une intervention en ce sens doit par conséquent être vivement encouragée (Section 2).

Ces éléments sont pourtant primordiaux puisqu'ils conditionnent l'effectivité et l'efficacité de la procédure de recours administratif préalable obligatoire.

Section 1 : La survivance d'atteintes injustifiables aux garanties fondamentales des administrés

Les nombreux défauts de la procédure attachée aux recours administratifs préalables obligatoires ont été mis en avant par l'ensemble de la doctrine. Ils sont d'autant plus regrettables qu'ils sont de nature à porter directement atteinte à la situation des administrés. En premier lieu, le droit des citoyens d'agir en justice se trouve encore fragilisé par l'absence de notification adéquate du caractère obligatoire du recours administratif (Paragraphe 1). En deuxième lieu, l'absence encore trop systématique de formalisme dans l'examen du recours par l'administration est de nature à contrevenir au nécessaire respect du principe du contradictoire (Paragraphe 2). En troisième lieu, les limites tenant à la possibilité pour les administrés de demander au juge des référés la suspension de l'acte contesté peuvent être préjudiciables aux administrés. Une réflexion doit être engagée sur l'opportunité de conférer pour y remédier un pouvoir similaire à l'administration (Paragraphe 3).

§1 :L'absence de notification du caractère obligatoire du recours : une atteinte au droit au juge

En matière de recours administratif préalable obligatoire, les insuffisances des conséquences juridiques de l'absence de notification doivent être nécessairement gommées (A). En effet, le défaut de recours obligatoire peut avoir, d'une part, des répercussions rigoureuses sur le droit au juge dont doit rester titulaire tout administré (B). Un tel système aboutit d'autre part à une limitation inacceptable du contrôle juridictionnel de l'action administrative (C).

A) L'insuffisance des conséquences juridiques de l'absence de notification

L'état du droit dans ce domaine est pendant longtemps resté déficient. Le juge administratif, ces vingt dernières années, s'est employé à combler cette lacune. Il n'a pas cependant fait preuve d'une totale exhaustivité. Les conséquences qu'il a tiré du défaut de mention dans la décision contestée des voies et délais de recours sont restées insuffisantes.

Nous l'avons vu, en 1992, par un arrêt Abit²⁴⁵, le Conseil d'Etat a considéré « que la circonstance de l'existence (d'un recours) ainsi que son caractère obligatoire n'ont pas été indiqués dans la notification de l'arrêté attaqué, si elle empêchait que cette notification fasse courir le délai du recours (...) à l'égard du destinataire de l'arrêté, (était) sans incidence sur l'irrecevabilité de la demande directement présentée au tribunal ». Il en découle que si les administrés, dans une telle hypothèse, ne sont pas enfermés dans un délai précis pour intenter leur recours, ils courent le risque, en revanche, parce que saisissant directement le juge d'un recours juridictionnel, de se voir opposer une irrecevabilité, qui plus est définitive car insusceptible de régularisation. Cette jurisprudence, par la suite, a été réaffirmée à plusieurs reprises²⁴⁶. L'article 19 de la loi du 12 avril 2000, précisé par le décret du 6 juin 2001²⁴⁷ l'a finalement reprise à son compte.

²⁴⁵ C.E., 1^{er} avril 1992, Abit, Rec. p. 826

²⁴⁶ C.E., 24 janvier 1996, Blancard, D.A., 1996, p. 24 ; C.E., 19 février 2001, El Hirach, Rec. p. 78; en l'espèce le Conseil d'Etat applique une solution identique dans l'hypothèse où la décision attaquée comporte des indications relatives aux voies et délais de recours erronées. Le délai de recours de deux mois ne court pas, mais la saisine prématurée du juge ne peut être régularisée.

²⁴⁷ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 dite loi DCRA; R.F.D.A., 2000, p.725 ; A.J.D.A., 2000, p.471 ; Décret n° 2001-492 pris pour l'application de la loi du 12 avril 2000 et relatif à l'accusé de réception des demandes présentées aux autorités administratives.

Cette solution n'est en pratique encore une fois que partiellement satisfaisante. Elle maintient l'administré dans une position délicate à laquelle il convient de remédier. Les administrés ne doivent avoir aucun doute sur l'existence d'un recours administratif préalable obligatoire. Pour ce faire, ils doivent bénéficier d'une information totale en la matière qui ne peut valablement leur être donnée que par l'administration dont émane l'acte litigieux. Jean-Claude Bonichot a opportunément proposé que la notification de la décision comporte la « quadruple mention de l'existence du recours, de son caractère obligatoire, du délai pour l'exercer, et des conséquences du non respect de cette procédure »²⁴⁸.

On aurait pu penser dans un premier temps que, par un arrêt récent, le Conseil d'Etat s'était enfin résolu à mettre fin à cette incohérence. En effet, dans une décision en date du 15 novembre 2006, la Haute Assemblée a considéré, après avoir rappelé le principe général applicable en la matière selon lequel les délais de recours contre une décision administrative ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours dans la notification de la décision, qu'il résultait de ces dispositions « que cette notification doit, s'agissant des voies de recours, mentionner le cas échéant, l'existence d'un recours administratif préalable obligatoire ainsi que l'autorité devant laquelle il doit être porté (...) »²⁴⁹. Or une analyse plus poussée de ce considérant démontre que sa rédaction est beaucoup trop ambiguë et laconique pour qu'il soit regardé comme consacrant explicitement l'obligation pour les administrations de mentionner expressément dans leurs décisions l'obligation pour leurs destinataires, avant toute contestation devant un juge, d'introduire un recours administratif devant l'autorité compétente. L'emploi de l'expression, « le cas échéant » peut réellement laissé perplexé.

En dépit de la rigueur des répercussions de l'omission d'un recours obligatoire sur la situation des administrés, cette insuffisance est donc toujours d'actualité.

B) La rigueur des répercussions du défaut de recours obligatoire

Les incertitudes regrettables qui pèsent sur la détermination du caractère obligatoire des recours administratifs, combinée avec l'absence de régularisation de cet oubli, confèrent à la correcte mention de cette voie de recours une importance d'autant plus fondamentale que la sanction de l'omission de l'introduction par l'administré du recours obligatoire est radicale et en ce sens incontestablement attentatoire au droit d'agir en justice.

²⁴⁸ J-C BONICHOT, « Le recours administratif préalable obligatoire : dinosaure juridique ou panacée administrative ? », in *Mélanges Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 81, (91).

²⁴⁹ C.E., 15 novembre 2006, n° 264636.

Le droit au juge est consacré solennellement tant par les droits communautaire et européen que par le droit constitutionnel français²⁵⁰.

La Cour européenne des droits de l'homme insiste régulièrement sur l'idée que le droit d'accès au juge est directement lié à la prééminence du droit²⁵¹. Cette garantie doit être effective, car considérée comme une composante fondamentale du droit à un procès équitable dont est titulaire tout particulier en vertu de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme²⁵². La Cour de Justice des communautés européennes a, pour sa part, érigé le droit d'accès au juge en un principe général du droit communautaire²⁵³.

Dans l'ordre juridique interne, la question de la valeur juridique de ce principe s'est également posée. Le Conseil Constitutionnel, par une décision de 1994, et après certaines hésitations, a affirmé avec vigueur, se fondant sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, la valeur constitutionnelle du droit d'exercer un recours juridictionnel effectif²⁵⁴. La position du Conseil Constitutionnel a été relayée par le Conseil d'Etat qui rattache également ce droit à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789²⁵⁵.

Comme tout droit fondamental, le droit d'accès au juge n'est pas absolu, il peut être limité. En revanche, cette limitation ne doit pas le dénaturer, ne doit pas atteindre sa substance et doit rester proportionnée au but recherché. Tel n'est assurément pas le cas en la matière.

Les lacunes jusqu'ici invoquées du régime juridique des recours administratifs préalables obligatoires peuvent conduire à priver l'administré de toute protection juridictionnelle pourtant largement garantie par les textes supra législatifs et ce, sans qu'un comportement fautif ne puisse lui être imputé. La responsabilité de ce défaut de recours revient indirectement à l'état du droit qui est consacré dans ce domaine, donc aux insuffisances des pouvoirs normatifs et non aux agissements de l'intéressé.

Eugénie Prévédourou avait proposé, à l'image de ce qui existe en droit allemand, et pour combler les lacunes sur ce point du droit positif français, de conférer au requérant mal

²⁵⁰ Pour une approche générale de la question : voir L. GARRIDO, « *Le droit d'accès au juge administratif : enjeux, progrès et perspectives* », Thèse, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2005.

²⁵¹ C.E.D.H., 21 février 1975, Golder contre Royaume Uni, req. n° 445170 : « la prééminence du droit ne se conçoit guère sans possibilité d'accéder aux tribunaux ».

²⁵² C.E.D.H., 9 octobre 1979, Airey contre Irlande, req. n° 6289/73.

²⁵³ C.J.C.E., 15 mai 1986, Marguerite Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, Aff. 222/84, Rec. CJCE, p 1651, *R.F.D.A.*, 1988, p. 691.

²⁵⁴ Cons. Constit., Decision n° 93-335 DC du 21 janvier 1994 relative à la loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction, Rec. p. 40 ; voir entre autre *R.F.D.A.*, 1995, p. 91 ; *R.F.D.C.*, 1994, p. 364.

²⁵⁵ C.E., 21 décembre 2001, Hofmann, Rec. p. 653.

informé la possibilité d'exercer en cours d'instance le recours administratif²⁵⁶. Cette proposition est intéressante. Pour consacrer un état du droit en l'occurrence totalement satisfaisant, cette solution pourrait être combinée avec l'instauration explicite d'une obligation pour les administrations de mentionner expressément dans leurs décisions le caractère obligatoire des recours préalables. En cas de non respect de cette prescription, le particulier concerné pourrait alors être autorisé à régulariser cet oubli imputable au comportement défaillant de l'administration en cours d'instance. L'on ne peut qu'espérer une intervention des autorités publiques en ce sens.

Un tel mouvement est d'ailleurs d'autant plus souhaitable que ces insuffisances aboutissent également à une limitation intolérable du contrôle juridictionnel des actes de l'administration.

C) La limitation intolérable du contrôle juridictionnel des actes de l'administration

En l'état actuel du droit, nous l'avons vu, l'administré peut être totalement privé, en cas d'omission du recours administratif préalable, de son droit d'agir en justice. Une deuxième conséquence inadmissible découle de cette lacune.

L'acte litigieux ne pouvant dans un tel cas être porté à la connaissance du juge administratif, le contrôle de sa validité, de sa légalité fait complètement défaut.

Dans une telle hypothèse, le parallèle avec la situation juridique dans laquelle se trouvent les actes ne faisant pas griefs, tels que les mesures d'ordre intérieur, certaines circulaires ou directives peut être aisément effectué. Ce type d'acte unilatéral non décisoire bénéficie en effet, de par sa nature, d'une immunité juridictionnelle. Ils ne peuvent en principe faire l'objet d'un recours contentieux devant le juge administratif de nature à faire sanctionner leurs éventuelles illégalités²⁵⁷. Ils sont insusceptibles de provoquer la liaison du contentieux. Ce système se justifie par la nature de ces actes. « Leur faible importance pratique et leur minceur juridique ont paru justifier qu'elles ne puisse faire l'objet de débats devant la juridiction »²⁵⁸.

Telle n'est assurément pas la caractéristique des décisions de l'administration soumises à une obligation de recours administratif obligatoire. Toutes sont de nature à faire grief aux

²⁵⁶ E. PREVEDOUROU, « *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droit allemand et français* », L.G.D.J, 1996, p. 289 et svt ; « L'influence de l'obligation du recours administratif préalable sur l'action en justice », note sous l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 17 avril 1997, Dimossia Epicheirissi Ilektrismou (DEI) contre Evrenopoulos, aff. C-A27/95 ; *R.F.D.A.*, 1998, p. 1023.

²⁵⁷ R. CHAPUS, « *Droit administratif général* ». Tome 1, Collection Monchrestien, 15^e édition, 2001, p. 511. et svt ; R. CHAPUS, « *Droit du contentieux administratif* », Collection Domat Droit public, Monchrestien, 12^e édition, 2006, p. 573 et svt.

²⁵⁸ *Ibid* p. 573.

particuliers. Et malgré cette considération, elles se trouvent malheureusement du fait des insuffisances jusqu'ici évoquées, dans une situation identique d'un point de vue de leur justiciabilité aux actes non décisifs.

Les agissements de l'administration ne font alors l'objet d'aucun contrôle. Elle peut jouir d'une totale immunité dans la mise en œuvre de son action. Certains manquements des autorités administratives, certaines illégalités peuvent échapper par ce biais à tout contrôle, à toute sanction. Le juge administratif est alors privé de sa mission primordiale de contrôle de l'action de l'administration, de limitation des pouvoirs de cette dernière.

Le rétablissement de la légalité, le cas échéant bafouée ne peut être assurée.

Nécessairement contraire à l'Etat de droit qui postule que les citoyens soient mis en mesure de faire sanctionner par un juge le non respect par l'administration de ces obligations et la violation des normes supérieures auxquelles son action est soumise, un tel système ne peut assurément pas être toléré.

Les conséquences du défaut d'obligation consacrée à l'égard de l'administration de mentionner explicitement le caractère obligatoire d'un recours administratif sont trop importantes pour être acceptables. Un effort dans le sens d'une résorption totale de ces lacunes doit très vite être mis en œuvre.

De la même manière que l'absence de notification du caractère obligatoire du recours préalable porte une atteinte frontale au droit au juge des particuliers, l'absence de formalisme dans la procédure de traitement de ces réclamations par l'administration contrevient, dans des hypothèses encore trop nombreuses, au principe du contradictoire.

§2 : L'absence de formalisme dans l'examen du recours : une atteinte au principe du contradictoire

Sur ce point l'état du droit est encore trop insuffisant. Excepté certains cas particuliers, la procédure d'examen des réclamations préalables laisse rarement place à un échange contradictoire des arguments entre les parties au litige. Les particuliers sont par conséquent dans une situation défavorable par rapport aux prérogatives que détient l'administration (A).

Un remède à cette lacune pourrait être trouvé dans un mouvement de codification de la procédure administrative non juridictionnelle ²⁵⁹(B).

A) Un état du droit défaillant : l'absence d'échange réciproque des prétentions

Il semble logique que les administrés qui se voient imposer une saisine de l'autorité administrative compétente préalablement à l'introduction d'un recours juridictionnel contre la décision qu'ils souhaitent contester, soient en droit d'attendre de l'instruction du recours par l'administration sollicitée un minimum de formalisme qui leur offre notamment la possibilité d'exposer clairement leurs prétentions et leurs arguments.

Cependant, force est de constater que ce « préliminaire de conciliation » ne laisse, dans la grande majorité des cas et en pratique, aucune place à un échange contradictoire des différents points de vue. L'on peut, il est vrai, penser que le demandeur a pu faire valoir ses arguments lors de sa requête. Mais il n'est en revanche pas sûr que ce dernier connaisse les motifs de droit et de fait qui sont susceptibles de lui être opposés. C'est en ce sens que l'instauration d'une procédure contradictoire est loin d'être sans intérêt. Or, tant les textes que la jurisprudence n'imposent à l'administration de respecter une telle procédure.

Alors que le Conseil d'Etat a érigé le « principe du contradictoire », principe fondamental reconnu par les lois de la République²⁶⁰, en un principe général applicable devant toutes les juridictions administratives²⁶¹, il se refuse depuis des années à en faire autant concernant les différentes procédures existantes devant l'administration. Il considère en effet que l'administration n'est pas obligée d'organiser un débat contradictoire avant de se prononcer sur les recours dont elle est saisie « eu égard à la nature du recours ainsi qu'à son objet, et en l'absence de toute procédure instituant une procédure contradictoire »²⁶². Jean-François Brisson expliquait cette attitude du juge administratif par la volonté de ce dernier « de ne pas entraver l'action des services administratifs »²⁶³. Or cette simple considération ne peut constituer un motif valable de nature à justifier que soit portée atteinte à l'une des garanties procédurales fondamentales des justiciables.

²⁵⁹ Cette expression doit être préférée à la formule plus fréquemment utilisée de procédure administrative non contentieuse. Il a en effet été jusqu'ici démontré, à plusieurs reprises, qu'il existait plusieurs modalités d'exercice de la fonction contentieuse ; celle-ci peut en l'occurrence, et comme l'illustre le mécanisme des recours administratifs préalables obligatoires, être mise en œuvre par l'administration elle-même.

²⁶⁰ Cons. Constit., 20 juillet 1977, Déc. n° 77-83 DC, Rec. p. 39.

²⁶¹ C.E., 12 mai 1961, Société le Huta, Rec. p. 486.

²⁶² C.E., 10 décembre 1943, Demoiselle Sée, Rec. p. 285.

²⁶³ J.F. BRISSON, « *Les recours administratifs en droit public français* », L.G.D.J., 1996, p. 251.

L'article 8 du décret du 28 novembre 1983²⁶⁴ relatif aux relations entre administration et administrés n'a pas été en la matière d'une grande aide dans la mesure où, nous l'avons vu à plusieurs reprises, le Conseil d'Etat a considéré que ce texte n'était pas applicable aux recours administratifs gracieux et hiérarchiques, le cas échéant obligatoires²⁶⁵.

De manière encore plus surprenante, alors que la plupart des dispositions de la loi du 12 avril 2000 sont applicables aux recours administratifs, le législateur a pris soin de refuser l'application de l'article 24 de ce texte, qui soumet désormais l'élaboration des décisions individuelles au principe du contradictoire, à ce procédé.

Ainsi et pour résumer, toutes les occasions qui ont été offertes de remédier à cette insuffisance n'ont malheureusement pas été saisies.

Dès lors, excepté les cas où les textes institutifs des recours prennent la peine d'exiger le respect, dans le traitement des demandes préalables, d'une telle procédure, c'est d'ailleurs le plus souvent le cas lorsque la compétence pour examiner le recours est dévolue à un organisme ad hoc²⁶⁶, une atteinte frontale au principe du contradictoire demeure en matière de recours administratif préalable obligatoire.

L'obstination des pouvoirs publics est sur ce point difficilement compréhensible. Encore récemment et en dépit du mouvement de rationalisation et de clarification du procédé et du régime juridique des recours obligatoires, le Conseil d'Etat a réitéré cette position. Le décret du 7 mai 2001, organisant la procédure de recours administratif préalable aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des militaires, avait opportunément organisé dans son article 6 la procédure d'instruction²⁶⁷. L'on ne pouvait que s'en réjouir. Mais c'était sans compter sur l'intervention du Conseil d'Etat qui s'est, comme à son habitude dans ce domaine, employé à vider ce texte de toutes ces potentialités. Il a considéré que la commission ainsi instituée n'était en aucun cas tenue, de convoquer le militaire auteur du recours et que la décision par laquelle celle-ci décidait de ne pas procéder à l'audition de ce dernier était insusceptible de recours. Il a en outre rajouté qu'aucune

²⁶⁴ Décret n° 83-1025, 28 novembre 1983, *A.J.D.A.*, 1983, p. 695 ; *A.J.D.A.*, 1984, p. 125 ; *D.*, 1984, chron., p. 137 notamment.

²⁶⁵ C.E., 29 mars 1991, SA Laboratoire L. Lafon, Rec. p. 113 concl. P. Hubert ; *A.J.D.A.*, 1991, p. 582 ; *R.F.D.A.*, 1992, p. 72.

²⁶⁶ Par exemple, l'article 20 du décret du 25 novembre 1987 pose que les décisions préfectorales suspendant ou retirant l'autorisation d'exercer en secteur privé dans un hôpital public doivent faire l'objet d'un recours hiérarchique devant le ministre de la santé préalablement à la saisine du juge. L'audition des intéressés par la commission nationale de l'activité libérale est alors obligatoire.

²⁶⁷ Article 6 du décret n° 2001-407 du 7 mai 2001 : « La procédure d'instruction des recours est écrite. La commission ne peut statuer qu'après que l'intéressé a été mis à même de présenter des observations écrites. Si elle l'estime nécessaire, la commission peut convoquer l'intéressé. Lors de son audition, ce dernier peut se faire assister d'un militaire de son choix en position d'activité. Les membres de la commission ainsi que les rapporteurs procèdent à toute mesure utile à l'examen des recours »

disposition textuelle n'imposait que la commission communique le cas échéant son rapport au militaire²⁶⁸.

Cette attitude est d'autant plus paradoxale que l'application de la règle du contradictoire peut être bénéfique au bon fonctionnement des recours administratifs préalables obligatoires. En effet, une meilleure organisation de la procédure d'instruction de ces recours pourrait indirectement optimiser les chances de règlement amiable des conflits. La possibilité que le juge soit saisi par la suite du litige s'en trouverait co-relativement amoindrie. L'organisation d'une réelle discussion entre administré et administration peut être de nature à favoriser la recherche d'un compromis.

L'hostilité persistante sur ce point du Conseil d'Etat conduit par conséquent à s'interroger sur l'opportunité d'une intervention normative de nature à combler cette lacune.

B) Un état du droit perfectible: l'édition d'une réglementation générale de la procédure administrative non juridictionnelle

« La codification de la procédure administrative (figure) au confluent de deux préoccupations majeures des gouvernants actuels : d'un côté, la sécurité juridique, qui se traduit notamment par l'amélioration de l'accessibilité des citoyens au droit ; de l'autre, la modernisation de l'état, au cœur de laquelle est placée la refondation des relations entre l'administration et ces usagers, administrés élevés au rang de citoyens »²⁶⁹.

Certes la difficulté d'un tel mouvement ne peut être contestée du fait d'une part, du caractère complètement disparate des règles actuelles régissant la procédure administrative, du fait d'autre part de la nécessité d'impulser au préalable un changement de culture, d'état d'esprit global de l'administration. Mais cette « réforme de l'Etat » doit cependant être engagée. L'intérêt que représente pour les administrés cette codification mérite que des efforts soient fait dans cette direction.

Le cas du droit allemand, souvent cité en exemple dans ce domaine car particulièrement élaboré sur ce point, est intéressant. Une loi relative à la procédure administrative non juridictionnelle relativement précise y a été édictée²⁷⁰.

²⁶⁸ C.E., 19 mai 2004, Raveneau, Rec. p. 589 et 801.

²⁶⁹ P. GONOD, « La codification de la procédure administrative », *A.J.D.A.*, 2006, p. 489 ; voir également sur la question : Y. GAUDEMET, « La codification de la procédure administrative non contentieuse en France », *D.*, 1986, chron., p. 19.

²⁷⁰ E. PREVEDOUROU, « *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droit allemand et français* », *L.G.D.J.*, 1996, p. 227 et svt.

En France, le code de l'administration, élaboré dans les années 1990²⁷¹, qui avait vocation à regrouper les dispositions générales sur les procédures et les structures administratives non reprises dans des codes spécifiques, reste selon nous trop sommaire.

Ainsi, il convient d'encourager la création d'un nouveau code, qui s'y substituerait et qui notamment devrait conférer aux recours administratifs obligatoires, qui se sont banalisés et qui auraient éventuellement vocation à se généraliser, et à la procédure qui y est attachée, une place fondamentale. Il regrouperait dans ce domaine des règles précises, globales, de nature à s'appliquer à chacun de ces préalables, plus souples et moins formalisées que celles relatives aux recours juridictionnels, mais nécessairement protectrices des droits des administrés.

Les garanties accordées à l'administré lors de l'instruction du recours par l'autorité administrative compétente devraient s'en trouver renforcées. Seraient ainsi surmontées les réticences des pouvoirs normatifs et surtout du juge administratif envers une consécration d'une obligation à l'endroit de l'administration de respecter le « principe de la contradiction »²⁷².

Au nombre des éléments de nature à continuer de conforter les administrés dans une situation illégitimement fragilisée, figure également l'absence de pouvoir de suspension des décisions pour lesquelles est obligatoire une réclamation administrative préalable au profit de l'administration.

§3 : L'absence de pouvoir de suspension de l'administration : une situation préjudiciable aux administrés

Parce que la possibilité ouverte par le Conseil d'Etat en 2001 pour les administrés de saisir le juge des référés d'une demande de suspension d'une décision soumise à une obligation de recours préalable a vu en pratique son champ d'application limité (A), il convient de s'interroger sur l'opportunité de confier, dans une telle hypothèse un pouvoir de suspension de ces décisions litigieuses directement à l'administration (B).

²⁷¹ P. GONOD, op. cit.

²⁷² Cette formulation est utilisée par René Chapus.

A) La possibilité d'introduire un référé suspension : une avancée limitée

Nous l'avons déjà abordé, sous la pression d'une large part de la doctrine et prenant certaines libertés avec les textes alors en vigueur, le Conseil d'Etat s'est en 2001 résolu par un arrêt Société Produits Roche à offrir la possibilité aux administrés, soumis à une obligation de recours préalable, de saisir le cas échéant le juge des référés d'une demande de suspension de l'acte contesté²⁷³.

Cette solution a eu le mérite de mettre fin à une lacune importante du régime juridique des recours administratifs préalables obligatoires.

Néanmoins et c'est regrettable, la jurisprudence postérieure est venue apporter une limitation assez importante à l'intérêt de la solution adoptée par la décision Société Produits Roche. Par un arrêt *Ministre de la Santé, de la famille, et des personnes handicapées contre agence régionale de l'hospitalisation de Provence Alpes Côte d'Azur* du 8 juillet 2005²⁷⁴, le Conseil d'Etat est venu circonscrire le champ d'application de cette solution. Le juge administratif estime en effet, qu'au regard de la règle de la substitution de la décision finale à la décision initiale qui entraîne un dessaisissement de l'autorité émettrice de la première décision, le juge des référés, saisi d'une demande de suspension ne peut logiquement prononcer une injonction à l'encontre de l'auteur de la décision initiale. En résulte l'impossibilité pour le particulier, dans l'hypothèse où la décision contestée serait une décision de refus, de saisir le juge de l'urgence d'une demande de suspension de la décision. Pour ce type de décision, une demande de suspension n'a d'utilité que si le juge assortit sa décision d'une injonction.

Dans ses conclusions relatives à la décision Société Produits Roche²⁷⁵, le commissaire du gouvernement Pascale Fombeur avait justifié cette restriction par l'idée que la demande de suspension d'une décision soumise à un recours obligatoire devait être possible essentiellement pour remédier aux situations choquantes dans lesquelles pouvaient se trouver les requérants. Ce type de situation est davantage susceptible de se constituer suite à une décision positive, qu'après une décision de refus.

Or, ce raisonnement, ne se vérifie pas dans tous les cas. Un particulier, du fait d'une décision de refus, peut se retrouver dans une situation largement préjudiciable.

²⁷³ C.E., Sect., 12 octobre 2002, Société Produits Roche, Rec. p. 463, *A.J.D.A.*, 2002, p.123 ; *LPA*, 2001, n°249, p. 16.

²⁷⁴ C.E., 8 juillet 2005, *Ministre de la Santé, de la famille, et des personnes handicapées contre agence régionale de l'hospitalisation de Provence Alpes Côte d'Azur*, Rec. p. ; *A.J.D.A.*, p. 2456.

²⁷⁵ P. FOMBEUR, *R.F.D.A.*, 2002, p. 315.

Une telle solution, si elle se comprend aisément d'un point de vue juridique, n'en reste pas moins regrettable. Une sorte de différence de traitement est instituée entre les administrés selon la nature de la décision qui leur est destinée.

Néanmoins, dans certains cas relativement isolés, et pour pallier cette insuffisance, certains juges des référés n'ont pas hésité à réinterpréter leurs pouvoirs pour faire obstacle à cette jurisprudence. Acceptant de connaître de la demande de suspension à l'égard d'un acte soumis à une obligation de recours préalable, ils se sont autorisés à prononcer une injonction en ce sens, non pas à l'encontre de l'auteur de la décision initiale litigieuse, mais à l'encontre de l'autorité compétente pour examiner le recours²⁷⁶.

Si cette solution n'avait pas vocation à se développer, il pourrait être envisagé, pour pallier les inconvénients d'une interprétation restrictive de la décision Société Produits Roche, de confier à l'administration un pouvoir de suspension des actes pour lesquels un recours administratif préalable est obligatoire.

B) Une limitation surmontable : la reconnaissance d'un pouvoir de suspension à l'administration

En principe, les décisions administratives sont exécutoires de plein droit. Seul le juge de l'urgence, initialement par le biais de la procédure du sursis à exécution, depuis la loi du 30 juin 2000 par l'intermédiaire du référé suspension peut, si cela est nécessaire et sous certaines conditions, décider de suspendre une décision, et donc ses effets, sur demande des administrés.

Pour pallier les inconvénients de la limitation du champ d'application de la jurisprudence du Conseil d'Etat Société Produits Roche, il pourrait être envisagé une exception à cette règle.

Pourrait être conféré, lorsque cela est nécessaire, directement aux autorités administratives compétentes pour traiter les recours administratifs préalables obligatoires, un pouvoir de suspension provisoire d'exécution des décisions devant obligatoirement faire l'objet de ce genre de réclamation, dont il serait démontré par l'administré que l'exécution d'un tel acte serait de nature à nuire grandement à ses intérêts. Cette possibilité serait évidemment strictement encadrée et soumise à des conditions bien définies.

²⁷⁶ C.E., ord., 9 novembre 2005, Madame Likoga, n°286321 ; En l'espèce, concernant une décision de refus de visa, le juge a déclaré que « la requérante (était fondée) à demander au juge des référés du Conseil d'Etat la suspension de la décision de refus de visa ; qu'il y (avait lieu) en conséquence de prescrire à la commission instituée par le décret du 10 novembre 2000 de procéder à l'examen de la demande de visa au vu des motifs de la présente ordonnance dans un délai de quinze jours à compter de sa notification ».

En admettant qu'une telle hypothèse soit consacrée, se pose alors la question de savoir si une telle prérogative doit être attribuée aux services administratifs uniquement dans les cas où la jurisprudence Société Produits Roche n'a pas vocation à s'appliquer, c'est-à-dire concernant principalement les décisions administratives de refus, ou s'il serait plus opportun de généraliser cette possibilité à l'ensemble des actes soumis à une obligation de recours préalable. Il semble que la seconde proposition doive être privilégiée. Elle a le mérite de la clarté et de la cohérence et évite l'introduction dans le contentieux administratif d'une énième subtilité de nature à compliquer encore un peu plus le domaine.

Dès lors, dans tous les cas serait attribué à l'administration une possibilité, sur demande des administrés, et dans des hypothèses strictement définies, de suspendre l'exécution des décisions litigieuses de nature à porter atteinte trop gravement aux intérêts des particuliers concernés. Dans l'hypothèse d'un refus en ce sens du service administratif compétent, l'administré conserverait alors la possibilité de saisir le juge des référés d'une telle demande. Ce dernier apprécierait alors le bien fondé du refus opposé initialement par l'administration et pourrait, au terme de cette analyse, s'il le juge nécessaire, lui-même faire droit à la demande de suspension.

Certes un tel procédé suppose que l'administration considérée admette que la validité de l'acte litigieux puisse être contestée. Cela implique sur ce point un changement de l'état d'esprit général de la plupart des services administratifs français.

Mais, en plus de pallier aux insuffisances du droit en la matière qui résultent de la combinaison des jurisprudences Société Produits Roche et Ministre de la Santé contre ARH Provence-Alpes-Côte d'Azur, une telle solution aurait le mérite également d'assouplir les relations entre administrés et administration, d'atténuer la rigidité de leurs rapports, mouvement inlassablement encouragé ces dernières années.

Une telle hypothèse doit être sérieusement appréhendée.

En plus d'avoir la garantie que leurs droits les plus éminents seront largement respectés et sauvegardés dans le cadre de la procédure du recours administratif préalable obligatoire, les administrés doivent pouvoir valablement espérer que l'introduction d'un tel recours a de grandes chances d'aboutir au règlement du litige au niveau administratif. Tel n'est assurément pas le cas en l'état actuel du droit. Des efforts doivent être engagés dans cette perspective.

Section 2 : La méconnaissance regrettable du principe de l'examen effectif des recours par l'administration

Cet élément est indispensable au bon fonctionnement des recours administratifs préalables obligatoires. Faute jusqu'ici de consécration expresse d'une obligation à l'égard des diverses administrations de procéder à un examen effectif de ce type de réclamation, les demandes en ce sens des administrés sont trop souvent ignorées et donnent encore lieu dans de trop nombreux cas, du fait du défaut de traitement, à l'édition de décisions implicites. Encore une fois, cette lacune doit être effacée.

Pour ce faire deux moyens sont envisageables. On peut chercher d'une part à favoriser un changement de mentalité volontaire des services administratifs (Paragraphe 1). C'est la solution qui a été initialement privilégiée. Elle ne semble cependant pas avoir porté ses fruits. On peut opter d'autre part, et il semble qu'il faille désormais s'inscrire dans cette direction, pour l'instauration pure et simple d'un système contraignant (Paragraphe 2).

§1 : La recherche d'une évolution spontanée des mentalités

Il est difficile de ne pas appréhender l'exigence de traitement effectif des recours administratifs préalables obligatoires par l'administration comme un élément primordial de l'organisation de ce procédé. Elle conditionne logiquement l'effectivité de ces derniers (A). Pour favoriser ce type de comportement, les pouvoirs publics ont dans un premier temps choisi la voie de l'incitation (B) qui n'a finalement pas eu les répercussions escomptées.

A) Un élément fondamental conditionnant l'efficacité du mécanisme du recours obligatoire

Pour pouvoir espérer valablement que les recours administratifs portés devant les administrations fassent l'objet d'un examen effectif, il faut avant toute chose que ces dernières reconnaissent à ces réclamations un caractère contentieux.

Plusieurs étapes doivent alors être envisagées et se succéder.

Tout d'abord, il convient d'encourager une prise de conscience par les divers services administratifs du bien fondé et de l'opportunité du mécanisme que constituent les recours administratifs préalables obligatoires. Pour ce faire, il faut largement diffuser les avantages de

cette technique, l'intérêt qu'elle représente tant pour les administrés que pour les autorités administratives elle-même.

Les recours obligatoires permettent en effet de trouver une issue au litige directement au niveau administratif. Une négociation peut être engagée, l'émergence d'une solution à l'amiable peut s'en trouver favorisée. Surtout, le succès d'une telle procédure peut épargner, aux particuliers certes mais également à l'administration, un passage devant le juge, toujours plus compliqué, plus contraignant et plus coûteux et qui peut être de nature à nuire à son image. Les services administratifs n'ont « en réalité que des avantages à procéder de cette manière plutôt que de gérer des contentieux (juridictionnels)»²⁷⁷.

Cette première étape franchie, il convient ensuite de réaffirmer l'idée selon laquelle ce procédé ne peut fonctionner que dans la mesure où il fait systématiquement l'objet d'un traitement sérieux, d'une instruction approfondie. L'administration étant dotée dans un tel cas d'une fonction purement contentieuse, l'attitude qui consiste à laisser courir le temps jusqu'à l'intervention d'une décision implicite, le plus souvent de rejet, n'est pas admissible. Cet élément est alors indispensable pour que les recours administratifs préalables obligatoires constituent des recours effectifs et efficaces. C'est seulement dans cette hypothèse qu'ils pourront jouer les différents rôles qui leurs sont assignés. Comme le résume parfaitement Jean-Claude Bonichot, « l'administration doit considérer comme normal que l'on s'adresse une nouvelle fois à elle plutôt que de saisir le juge et qu'elle revoie un dossier dans la perspective d'en corriger les erreurs ou les aspects qui ne sont pas satisfaisants »²⁷⁸.

Pour favoriser la prise de conscience par l'administration, dans le cadre des recours administratifs préalables obligatoires, de sa fonction nécessairement contentieuse et favoriser du même coup l'examen effectif des demandes, les autorités publiques ont préféré privilégier une méthode incitative à une méthode contraignante. Un tel choix s'est néanmoins avéré inefficace.

B) L'échec de la méthode incitative

Dans une étude consacrée aux modes alternatifs de résolution des conflits de 1993²⁷⁹, le Conseil d'Etat a consacré de longs développements aux recours administratifs. Il s'y est

²⁷⁷ J-C BONICHOT, « le recours administratif préalable obligatoire : dinosaure juridique ou panacée administrative ? », in *Mélanges Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 81 (93).

²⁷⁸ *ibid*

²⁷⁹ Conseil d'Etat, « Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative », *La Documentation française*, 1993, p. 31.

montré hostile, nous l'avons vu, à une généralisation de ces derniers mais favorable à une revitalisation des recours administratifs de droit commun. Considérant que « c'est un droit essentiel de l'administré que de voir dans un tel cas sa demande faire l'objet d'un examen effectif par l'administration », il a tout de même déclaré qu'il appartenait à celle-ci de s'organiser pour répondre à cette exigence. Le constat qu'il opère en la matière est même selon lui sans appel.

Cependant, il impute cette lacune, non pas à la mauvaise volonté dont pourrait faire preuve l'ensemble des services administratifs, mais commence par considérer que la méconnaissance du principe de l'examen effectif des demandes est « le fruit d'une insuffisance d'adaptations des administrations à l'évolution de la société » pour finalement énumérer les solutions techniques et matérielles qu'il convient de privilégier pour y remédier.

Cette position le conduit à considérer que la mesure la plus utile pour agir dans le sens désiré « serait d'édicter une recommandation générale, sous la forme d'une circulaire du Premier ministre, invitant toutes les administrations à prendre les dispositions nécessaires pour organiser leurs services afin de pouvoir procéder à un examen effectif des réclamations dont elles sont saisies »²⁸⁰. Il fait dans cette optique un certain nombre de propositions.

Le Conseil d'Etat, on le voit, a préféré opter au préalable en la matière pour un système incitatif et non pas contraignant.

Conformément à ce que préconisait le Conseil d'Etat et en réaction au constat que ce dernier avait pu dresser dans son rapport, une circulaire relative au traitement des réclamations par l'administration a été diffusée en 1995²⁸¹. Ce texte a essentiellement pour objet de donner aux différents services administratifs des pistes d'action pour améliorer le traitement des demandes dans le cadre de recours facultatifs, comme obligatoires.

Ainsi elle propose, entre autre, la création au sein de chaque administration d'une structure consacrée au traitement des réclamations, la mise en œuvre d'une procédure contradictoire chaque fois que cela s'avère possible, la prise en considération de l'équité lorsque plusieurs solutions sont possibles.

Ces propositions concrètes illustrent le désir des autorités publiques de donner au recours administratifs un rôle effectif et la volonté de consacrer dans les fait l'existence systématique d'un traitement sérieux et efficace de ces réclamations.

²⁸⁰ *Ibid* p. 37.

²⁸¹ Circulaire du 9 février 1995 relative au traitement des réclamations adressées à l'administration, JO 15 février 1995, p.2522, *D*, légis., p. 199.

Néanmoins, en pratique, aucune des solutions proposées n'ont été valablement concrétisée. Cette circulaire est restée un « véritable document de déontologie administrative appliquée aux recours administratifs »²⁸², mais non suivi d'effet, voir dans la plupart des cas purement et simplement ignoré.

La préférence en la matière avait été donnée à une méthode incitative, de nature à encourager les administrations, par le biais de propositions, à s'organiser de manière à pouvoir traiter de façon plus poussée et plus efficace les recours administratifs préalables, notamment obligatoires, introduit par les administrés. Ces préconisations n'ont assurément pas été suivies d'effet. Face à cet échec, il semble qu'un système contraignant doive finalement être instauré.

§2 : La nécessaire mise en place d'un système contraignant

Les administrations n'ayant, dans une grande majorité des cas, pas pris actes des préconisations qui leurs étaient adressées, il convient de faire obstacles à ces résistances par l'instauration d'un système désormais contraignant. Une obligation d'examen effectif des recours administratifs préalables obligatoires doit être solennellement instituée (A). Il convient le cas échéant d'assortir la méconnaissance de cette prescription de sanctions (B).

A) L'instauration d'une obligation de traitement des demandes

Pour contraindre, dans le cadre des recours administratifs préalables, les administrations à se livrer systématiquement à un examen sérieux et approfondi des demandes de ce type dont elles sont saisies, deux solutions sont alors envisageables.

La première consisterait à réglementer de manière relativement stricte chaque étape de la procédure de traitement des recours. Plusieurs obligations précises et particulières seraient posées. C'est leur succession, leur combinaison qui aboutirait au final à ce que soit valablement examinés, de manière sérieuse et dans le respect des garanties des particuliers, les recours préalables obligatoires.

A ce titre, les services administratifs pourraient tout d'abord et notamment se voir obliger de statuer par décision expresse, même pour rejeter le recours, et dans un délai raisonnable.

²⁸² J-M AUBY, « Les recours administratifs préalables », *A.J.D.A.*, 1997, p. 10, (15)

En complément à cette première obligation, d'autres, de nature à réglementer la procédure d'instruction du recours seraient co-relativement consacrées. Elles auraient ainsi pour but de fournir à l'administration une sorte de ligne de conduite à suivre. Le respect du principe du contradictoire dans la procédure d'instruction serait précisément imposé. Cet un élément fondamental pour l'élaboration d'un règlement amiable. L'administré devrait être, chaque fois que cela apparaît nécessaire, mis en mesure, d'exposer ses arguments, de débattre avec l'administration sur leurs prétentions respectives, de pouvoir s'il le désire se faire assister d'un conseil, de pouvoir le cas échéant faire citer des témoins. La consécration d'une obligation de répondre au recours par décision motivée serait également souhaitable, les services administratifs ne pouvant s'y conformer qu'en vertu d'un examen sérieux du dossier.

Le respect de l'ensemble de ces obligations particulières garantit au final l'existence d'un traitement effectif des recours administratifs préalables obligatoires.

La deuxième solution réside dans la consécration d'une obligation cette fois ci générale d'examen effectif des réclamations. Dans un tel cas, chaque service administratif est alors libre de s'organiser comme il l'entend pour que soit satisfaite cette exigence. Le but est que soit opéré automatiquement un traitement sérieux des affaires, la fixation des modalités pour y parvenir resterait à l'entière discrétion des différentes administrations.

Une telle hypothèse semble d'ailleurs préférable. Elle permet de prendre en considération, d'une part les spécificités de chaque service, d'autre part et surtout les particularités de chaque recours en fonction de la matière dans lesquels ils interviennent. Jean-Claude Bonichot a récemment en effet, et à bon droit, mis l'accent sur cette nécessité. Selon lui, « le tout est de raisonner domaine par domaine et de constater que les exigences à prendre en compte, les droits à protéger, ne sont pas les mêmes (...) le développement des recours administratifs (...) suppose que chacun d'entre eux soit adapté à la matière qu'il concerne et fasse le cas échéant l'objet d'une réglementation particulière»²⁸³.

En cas de manquement de l'administration à son obligation générale d'examen effectif des demandes, un système de sanction doit être ensuite envisagé.

²⁸³ J-C BONICHOT, « Le recours administratif préalable obligatoire : dinosaure juridique ou panacée administrative ? », in *Mélanges Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 81 (88).

B) L'instauration de sanction en cas de manquement à l'obligation

La Section du rapport et des études du Conseil d'Etat avait en 1993²⁸⁴ réfléchi à l'opportunité d'une telle instauration. Elle avait alors déclaré que « la menace de cette sanction et l'usage prudent que ne manquerait pas d'en faire le juge pourrait constituer un moyen à la fois souple et efficace de vaincre l'inertie des administrations qui négligeraient de procéder à un examen effectif des demandes préalables dont elles sont saisies »²⁸⁵. Il avait alors proposé deux solutions.

En premier lieu, il a évoqué l'idée de frapper l'administration récalcitrante d'une amende pour défaut de traitement effectif du recours administratif préalable obligatoire.

En second lieu, il a proposé de consacrer la possibilité pour le juge administratif de mettre à la charge de l'administration ne s'étant pas acquittée valablement de son obligation tout ou partie des frais irrépétibles exposés, pour le recours juridictionnel, par le requérant, dans le cas où il serait démontré qu'un examen approfondi de la réclamation aurait pu épargner au particulier concerné un procès.

Cette seconde solution paraît plus adéquate et plus facile à mettre en oeuvre car de nature à faire utilement pression sur les administrations.

L'instauration de ce système est de nature à donner aux administrés, auteurs de recours administratifs préalables obligatoires, l'assurance que leur réclamation serait effectivement et efficacement traitée par l'autorité administrative saisie. Une lacune fondamentale de l'organisation des recours administratifs préalables obligatoires s'en trouverait résorbée.

²⁸⁴ Conseil d'Etat, « Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative », *La Documentation française*, 1993.

²⁸⁵ *Ibid.* p. 36.

Conclusion de la Partie 3 :

Des insuffisances trop importantes, en dépit de la clarification engagée ces dernières années du régime juridique des recours administratifs préalables obligatoires, demeurent.

Soit elles sont de nature à engendrer des répercussions fâcheuses sur les droits les plus élémentaires des administrés ; atteinte à la sécurité juridique, droit à un recours effectif, non respect du principe du contradictoire. Soit elles ont vocation à priver d'effectivité et d'efficacité le mécanisme des recours administratifs préalables obligatoires ; défaut d'examen effectif des recours notamment.

Parce que ces insuffisances fragilisent directement la situation des particuliers face aux prérogatives de l'administration, l'organisation des recours administratifs préalables obligatoires ne peut se satisfaire plus longtemps de ce genre de lacunes.

Chercher à y remédier aurait le mérite de conférer à ces préalables obligatoires une « physionomie procédurale nouvelle »²⁸⁶ davantage protectrice des administrés. Un effort en ce sens des autorités publiques doit être vivement encouragé.

²⁸⁶ J.F. BRISSON, « *Les recours administratifs en droit public français* », L.G.D.J., 1996, p. 281.

CONCLUSION GENERALE

La diversité et l'importance des fonctions que la technique des recours administratifs préalables obligatoires poursuit, ainsi que les avantages qui peuvent en être tirés notamment par les particuliers, sont autant d'éléments qui militent pour qu'une vaste réflexion soit engagée sur l'utilité, l'opportunité de ce mécanisme.

Selon nous, le principe en tant que tel des recours administratifs obligatoires, leur existence dans l'ordre juridique français ne pose pas réellement de difficulté. En revanche, leur régime juridique, leur organisation, autrement dit la pratique qui en est faite à l'heure actuelle, doit être reconsidérée.

Les recours administratifs obligatoires ont principalement été institués de manière anarchique, sans véritable vue d'ensemble, sans réelle ligne directrice. Ce manque de cohérence a eu des répercussions sur leur organisation, leur régime juridique, qui malgré un élan de clarification louable qui a permis d'en améliorer certains aspects, demeure encore à l'heure actuelle par certains égards trop aléatoire et lacunaire.

Le fait que cette problématique ait été trop souvent traitée de manière incidente est selon nous à l'origine des insuffisances actuelles attachées à ce procédé. C'est pour cette raison que nous jugeons opportune l'édiction d'une vraie théorie générale des recours administratifs obligatoires qui aurait pour objet, d'une part de consolider les évolutions effectuées jusqu'ici, d'autre part de pallier les lacunes encore déplorées.

La mise en place d'une organisation claire et cohérente en la matière doit être l'objectif poursuivi par les autorités publiques. Pour concrétiser l'existence de cette théorie générale, la voie législative doit être préférée à la voie jurisprudentielle qui demeure à certain égard trop aléatoire.

Le recours administratif préalable obligatoire doit faire l'objet d'une conception claire, doit être érigé en concept juridique totalement assimilé et maîtrisé. Cette rénovation conditionne nécessairement, sa viabilité, sa crédibilité.

Ce mécanisme doit être exempt de vices et de critiques. Ce n'est que s'ils sont pourvus de cette qualité que leur développement peut être envisagé. Garantir leur effectivité et leur efficacité est primordial pour en multiplier l'usage.

Seule la mise en œuvre des changements préconisés est de nature à créer un contexte favorable à un mouvement de généralisation des recours administratifs préalables obligatoires.

BIBLIOGRAPHIE GENERALE

I) Ouvrages et rapports :

➤ Ouvrages :

CHAPUS (R), « *Droit administratif général* » ; Tome 1, Collection Domat Droit public, Monchrestien, 15^{ème} édition, 2001.

CHAPUS (R), « *Droit du contentieux administratif* » ; Collection Domat Droit public, Monchrestien, 12^{ème} édition, 2006.

FAVOREU (L), « *Droit constitutionnel* », Précis Dalloz, 9^{ème} édition, 2006.

➤ Codes :

CODE DE JUSTICE ADMINISTRATIVE, Paris, Litec, Litec codes, 2006.

CODE DE L'ADMINISTRATION, Litec, Juris-Classeur, Juris-codes, 2006.

➤ Rapports :

CONSEIL D'ETAT, « *La prévention du conseil administratif* » ; E.D.C.E., 1981.

CONSEIL D'ETAT, « *La prévention du contentieux administratif* » ; E.D.C.E., 1987-1988.

CONSEIL D'ETAT, « *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative* » ; La Documentation française, 1993.

CONSEIL D'ETAT, « *Sécurité juridique et complexité du droit* », Rapport public, Etudes et documents du Conseil d'Etat n°57, La documentation française, 2006.

P. CHEVALIER, Y. DESDEVISES, P MILBURN, « *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice* » ; Perspectives sur la justice, La documentation française, 2003.

SENAT, « *Rapport de la commission d'enquête chargée de recueillir tous les éléments d'information sur le fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif et l'exécution de leurs décisions ainsi que sur les services chargés du contentieux administratif dans les administrations publiques* » ; J.O.R.F., éd. Documents Sénat, 11 juin 1992, Président Hubert Haenel, n°400.

II) Documents officiels

- Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.
- Loi n°87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif.
- Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 dite loi DCRA; *R.F.D.A.*, 2000, p.725 ; *A.J.D.A.*, 2000, p.471.
- Décret n° 82-451 du 28 mai 1982.
- Décret n° 83-1025, 28 novembre 1983, *A.J.D.A.*, 1983, p. 695 ; *A.J.D.A.*, 1984, p. 125 ; *D.*, 1984, chron., p. 137.
- Décret n° 85-59 du 18 janvier 1985 relatif au contentieux des élections universitaires.
- Décret du 17 juillet 1987 ; *CJA*, article R 232-16.
- Décret n° 87-944 du 25 novembre 1987.
- Décret n°2000-1093 du 10 novembre 2000 instituant une commission de recours contre les décisions de refus de visas d'entrée en France.
- Décret n° 2001-492 pris pour l'application de la loi du 12 avril 2000 et relatif à l'accusé de réception des demandes présentées aux autorités administratives.
- Décret n° 2001-407 du 7 mai 2001 organisant la procédure de recours administratif préalable aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des militaires.
- Circulaire du 9 février 1995 relative au traitement des réclamations adressées à l'administration, *JO* 15 février 1995, p.2522, *D.*, légis., p. 199.
- Conseil de l'Europe, Recommandation du comité des ministres aux Etats membres sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées adoptée le 5 septembre 2001 ; *Rec* (2001)9.

III) Thèses et mémoires

BRISSON (J-F), « *Les recours administratifs en droit public français* » ; *L.G.D.J.*, 1996.

DELAUNAY (B), « *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés : contribution à l'étude des réformes administratives entreprise depuis 1945* » ; *L.G.D.J.*, 1993.

DUVIGNAU (J), « *Le militaire et le juge administratif* » ; Mémoire Master 2 Recherche Droit public fondamental, Université Montesquieu Bordeaux IV.

GARRIDO (L), « *Le droit d'accès au juge administratif : enjeux, progrès et perspectives* », Thèse, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2005.

ISAAC (G), « *La procédure administrative non contentieuse* » ; L.G.D.J., 1968.

PREVEDOUROU (E), « *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droit allemand et français* » ; L.G.D.J, 1996.

IV) Articles et chroniques

AUBY (J-M), « Les recours administratifs » ; *A.J.D.A.*, 1955, p. 117.

AUBY (J-M), « Les recours administratifs préalables », *A.J.D.A.*, 1997, p. 10.

BONICHOT (J-C), « Le recours administratif préalable obligatoire : dinosaure juridique ou panacée administrative ? » ; Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz, 2007, p. 81.

BOUYSSOU (F), « La réforme de l'urbanisme commercial », *R.F.D.A.*, 1993, p. 922.

BRECHON-MOULENES (C), « Le règlement amiable dans les marchés publics » ; *Revue marchés publics*, avril mai 1987, p.21.

BRISSON (J-F), « Régler autrement les litiges : les recours gracieux et hiérarchiques, voie alternative de protection des administrés ? » ; *R.D.P.*, 1996, p.793.

CHABANOL (D), « Barrages contre le contentieux » ; *Droit fiscal*, 1986, p. 993.

CHABANOL (D), « Une réforme inachevée » ; *A.J.D.A.*, 1988, p.102.

CHAPUS (R), « Les aspects procéduraux (de la réforme du contentieux administratif) » ; *A.J.D.A.*, 1988, p. 3.

CHAVRIER (G), « Réflexions sur la transaction administrative » ; *R.F.D.A.*, 2000, p. 548.

COURTIN (M), « Les recours précontentieux, une voie vers le désengorgement des Tribunaux administratifs » ; *Gaz. Pal.* 1987, I, doctrine, p. 467.

DOUCHEZ (M-H), « Carences du recours administratif dans sa fonction de garantie des droits des citoyens » ; *Mélanges Mourgeon, Bruylant*, 1998, p.667.

EVEN (B), Entretien; *A.J.D.A.*, 2007, p. 996.

FROMONT (M), « Les modes alternatifs de règlement des litiges, l'exemple allemand » ; *A.J.D.A.*, 1997, p. 59.

GAUDEMET (Y), « La codification de la procédure administrative non contentieuse en France » ; *D.*, 1986, chron., p. 19.

GONOD (P), « La codification de la procédure administrative » ; *A.J.D.A.*, 2006, p. 489.

GONOD (P), « Le règlement non contentieux des litiges ; les recours administratifs » ; *Cahiers de la fonction publique*, avril 2005, p. 4.

GOUSSEAU (J-L), « Administrés et procédés facultatifs de règlement non juridictionnel des litiges administratifs » ; *L.P.A.*, 19-21 octobre 1987, p. 9.

GUILLIEN (R), « Essai sur une réforme générale du contentieux administratif » ; *D.*, 1955, p. 97.

KAYSER (P), « La recherche en France de la diminution des contentieux judiciaire et administratif par le développement des règlements amiables » ; *Justices*, n°3 janvier/juin 1996, p. 203.

LABETOULLE (D), (entretien), « L'arbitrage n'est pas un troisième ordre de juridiction » ; *JCP Administration et collectivités territoriales*, avril 2007, n° 2093.

LEMOYNE DE FORGES (M), « Recours pour excès de pouvoir » ; *Rép. Dalloz*, n°312.

LONG (M), « Une réforme pour préparer l'avenir » ; *R.F.D.A.*, 1988, p.163.

LOUVARIS (A), Voir « Introduction de l'instance ; Recours administratifs préalables » ; *J.C.J.A.*, tome 1, fasc. n° 41, 2002.

PELLISSIER (G), « Pour une revalorisation de la spécificité des recours administratifs » ; *R.F.D.A.*, 1998, p. 317.

PISSALOUX (J-L), « Une expérience réussie : le recours administratif préalable des militaires » ; *A.J.D.A.*, 2005, p. 1042.

RICHER (L), « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif » ; *A.J.D.A.*, 1997, p. 3.

SEILLER (B), « Partie remise ou fin de partie ? » ; *A.J.D.A.*, 2006, p. 681.

TRUCHET (D), « Recours administratif », *R.D.C.A.*, Tome 3, n°16, 2000.

WALINE (J), « La réforme de la juridiction administrative : un tonneau des Danaïdes ? » ; *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, p. 354.

WOEHLING (J-M), « Réflexion sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins » ; *Mélanges R-E. Charlier*, 1981, p. 358.

V) Conclusions

ABRAHAM (R), conclusions sous Conseil d'Etat, 1^{er} avril 1992, Clinique des Maussins ; *A.J.D.A.*, 1995, p. 676.

BACQUET (P), conclusions sous Conseil d'Etat, 1er février 1980, Clinique Ambroise Paré; *R.D.S.S.*, 1980, p.359.

DONDOUX (P), conclusions sous Conseil d'Etat, 19 février 1982, Madame Commaret ; *Rec.* p. 78.

FOMBEUR (P), conclusions sous Conseil d'Etat, Sect., 12 octobre 2002, Société Produits Roche; *R.F.D.A.*, 2002, p. 315.

GENEVOIS (B), conclusions sous Conseil d'Etat, 9 mai 1980, Veyrier ; *D.* 1980, p. 416.

GUILLAUME (J), conclusions sous Conseil d'Etat, 30 mars 1973 ; *A.J.D.A.*, 1973, p. 260.

HUBERT (P), conclusions sous Conseil d'Etat, 29 mars 1991, SA Laboratoire L. Lafon; *A.J.D.A.*, 1991, p. 582.

LONG (M), conclusions sous Conseil d'Etat, 20 avril 1956, Ecole professionnelle de dessin industriel, *D.*, 1956, J., p. 328.

RIGAUD (D), conclusions sous Conseil d'Etat, 10 juillet 1964, Centre médico-pédagogique de Beaulieu, *Rec.*, p.399.

ROUL (A-F), conclusions sous Conseil d'Etat, 28 septembre 2005 ; *B.J.C.L.*, n°1/06, p. 60.

STRUILLOU (Y), conclusions sous Conseil d'Etat, 10 mars 2006, Société Leroy Merlin ; *R.F.D.A.*, p. 550.

VI) Décisions citées et notes de jurisprudences

➤ Conseil d'Etat :

- C.E., 13 avril 1881, Bansais, *D.*, 1882, 3,49.

- C.E., 13 décembre 1889, Cadot ; *G.A.J.A* n° 5 et références citées.

- C.E., 11 novembre 1898, Labro, *Rec.* p.692.

- C.E., 12 janvier 1917, Marchelli, *Rec.* p.42.

- C.E., Sect., 15 février 1935, Bladanet, Rec. p. 202.
- C.E., 10 décembre 1943, Demoiselle Sée, Rec. p. 285.
- C.E., 14 février 1945, Vollet, Rec. p. 31.
- C.E., 23 mars 1945, Vercruyce, Rec. p. 58.
- C.E., 23 mars 1945, Vinciguerra, Rec. p.56.
- C.E., 20 mai 1949, Berc, Rec. p.230.
- C.E., 27 janvier 1950, Billard, Rec. p. 57.
- C.E., 27 janvier 1950, Demoiselle Ducrot, Rec. p. 65.
- C.E., 28 juillet 1951, Compagnie industrielle des téléphones, Rec. p. 477.
- C.E., 20 février 1953, Société Intercopie, Rec. p. 88.
- C.E., 17 juillet 1953, Sieur Minguet, Rec. p. 384.
- C.E., 1^{er} octobre 1954, Dame Bonnetblanc, Rec. p. 491.
- C.E., 2 février 1955, Dame Courant- Hugenschmitt, Rec. p. 783.
- C.E., 27 février 1956, Association des propriétaires du Chesne, Rec. p.92.
- C.E., 13 juin 1958, Esnault, Rec. p. 343, concl G. Braibant.
- C.E., 27 février 1959, Société française de participation, Rec. p. 147.
- C.E., 20 mai 1960, Hennequin contre Ville de Paris, Rec. p. 350.
- C.E., 21 octobre 1960, Berthiot, Rec. p. 580.
- C.E., 12 mai 1961, Société le Huta, Rec. p. 486.
- C.E., 29 mai 1963, Ministre de la santé publique et de la population et Sieur Maurel, Rec. p. 334.
- C.E., 10 juillet 1964, Centre médico-pédagogique de Beaulieu, Rec. p.399 ; *D.* 1965, p.84, concl. Rigaud.
- C.E., 19 novembre 1965, Epoux Delattre-Floury ; Rec. p. 623, *A.J.D.A.*, 1966, p. 40.
- C.E., 20 octobre 1967, Sieur Palisse, Rec. p. 383, concl. Rigaud.
- C.E., 19 novembre 1971, Ministre de la santé publique et de la Sécurité sociale contre Bruguière, Rec. p. 691 ; *Rev. Adm.*, 1972, p. 268, concl. Rougevin-Baville.
- C.E., 23 juin 1972 Syndicat des métaux CFDT-CFTC des Vosges et autres, Rec. p. 473.
- C.E., 11 octobre 1972, Elections aux Conseils de l'UER Mathématiques et information de l'Université de Rennes, Rec. p. 628.
- C.E., 30 mars 1973, Gen, Rec. p. 269, *A.J.D.A.*, 1973, p. 268, concl. Guillaume.
- C.E., 25 avril 1975, Bierge, Rec. p. 266.
- C.E., 6 mai 1977, Garrigues, Rec. p. 208.

- C.E., 5 janvier 1979, Société Clinique chirurgicale Francheville, Rec. p. 9 ; *R.D.S.S.*, 1979, p. 365, obs. F. Moderne.
- C.E., 1^{er} février 1980, Clinique Ambroise Paré, Rec. p. 62.
- C.E., 9 mai 1980, Veyrier, Rec. p.221 ; *D.* 1980, p. 416, concl. B. Genevois.
- C.E., 25 février 1981, Sutter, Rec. p. 865.
- C.E., 3 juillet 1981, Minitre du travail et de la participation contre Gaumont, Rec, p. 578.
- C.E., 1^{er} avril 1992, SA Clinique gynéco-obstétricale Marivaux, Rec. p. 147.
- C.E., 23 octobre 1981, Fédération des groupes autonomes de l'enseignement public de l'académie de Strasbourg, Rec. p. 390 ; *A.J.D.A.*, 1982, p.397.
- C.E., 13 novembre 1981, Bartolomei, Rec. p. 420, *R.D.P.*, 1982, p. 809.
- C.E., 16 décembre 1981, Assistance publique à Marseilles, Rec. p. 915.
- C.E., 18 décembre 1981, Denic et Queinnec ; *D.A.*, 1982, n°17.
- C.E., 19 février 1982, Madame Commaret, Rec. p. 78 ; *D.* 1983, p.24.
- C.E., 21 janvier 1983, Capron, Rec. p. 20.
- C.E., 11 février 1983, Ministre du travail et de la participation et autre, Rec. p. 63.
- C.E., 25 février 1983, Union des commerçants artisans et industriels de Parthéney, Rec. p. 80.
- C.E., 29 juin 1983, Forest, Rec. p. 279.
- C.E., 13 juin 1984, Association Hand-ball club de Cysoing, Rec. p. 217 ; *A.J.D.A.*, 1984, p. 531, obs. J-E. Schoetl et S. Hubac.
- C.E., 26 juillet 1985, S.A Degrémont, Rec. p. 247, *R.F.D.A.*, 1986, p. 26, concl. Dandelot.
- C.E., 5 mai 1986, Mme Dufour, Rec. p. 129.
- C.E., 21 mai 1986, Syndicat national des pharmaciens des hôpitaux des centres universitaires, Rec. p. 146 ; *A.J.D.A.*, 1986, p. 603, obs.J. Moreau.
- C.E., 10 juillet 1987, Dame Auger, Rec. p. 870.
- C.E., 25 mai 1988, Association Le foyer israélite ; Rec., tables, p.945.
- C.E., 6 janvier 1989, SCI Aménagement Ajaccio-Mezzavia, Rec. p. 498.
- C.E., 30 octobre 1990, Etablissements Fabre contre Appol et Augier, Rec. p. 264, *D.A.*, 1990, n°558.
- C.E., 2 novembre 1990, Tostain, Rec. p. 110.
- C.E., 21 novembre 1990, Bourlier, Rec. p. 335, *R.F.D.A.*, 1991, p. 205.
- C.E., 4 février 1991, Office HLM Communauté urbaine de Bordeaux, *R.D.P.*, 1992, p. 1564.
- C.E., 29 mars 1991, SA Laboratoire L. Lafon, Rec. p. 113 concl. P. Hubert, *A.J.D.A.*, 1991, p. 582, obs. X. Prétot ; *R.F.D.A.*, 1992, p.72.

- C.E., 13 novembre 1991, Girer, Rec. p. 392.
- C.E., 1^{er} avril 1992, Abit, Rec. p. 826.
- C.E., 1^{er} avril 1992, Clinique des Maussins, Rec. p. 655.
- C.E., 6 janvier 1995, Assemblée territoriale de la Polynésie française, Rec. p.10, *D.A.*, 1995, n°252.
- C.E., 17 février 1995, M. Hardouin et M. Marie ; Rec. p. 94.
- C.E., 14 avril 1995, Koen, Rec. p. 169.
- C.E., 24 janvier 1996, Blancard, *D.A.*, 1996, p. 24.
- C.E., 9 février 1996, Ragot, Rec. p. 32, *D.A.*, 1996, n° 224, *R.F.D.A.*, 1996, p. 399.
- C.E., 16 novembre 1998, Epoux Bravy, Rec. p. 1120.
- C.E., avis, 29 décembre 1999, Leboulch, Rec. p. 426.
- C.E., 19 février 2001, El Hirach, Rec. p. 78.
- C.E., ord., 26 avril 2001, Fondation Laval, n° 231870.
- C.E., 21 décembre 2001, Hofmann, Rec. p. 653.
- C.E., 3 mars 2002, Clinique médicale de pneumologie Sainte Anne, Rec. p. 166.
- C.E., Sect., 12 octobre 2002, Société Produits Roche, Rec. p. 463 ; *A.J.D.A.*, 2002, p.123 ; *LPA*, 2001, n°249, p. 16 ; *R.F.D.A.*, p 315, concl. Fombeur.
- C.E., avis, 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses, Rec. p. 433 ; *C.J.E.G*, 2003, p. 543, note Jean Goudou et Philippe Terneyre.
- C.E., 19 février 2003, Préfet de l'Hérault contre Houdane, Rec. p. 904.
- C.E., 21 mars 2003, Préfet de Police contre Madame Xiaowei Pan, Rec. p. 905, *A.J.D.A.*, 2003, p. 1345, concl. S. Austry.
- C.E., 18 juin 2003, Anwarul, Rec. p. 900 ; *A.J.D.A.*, 2003, p. 1998.
- C.E., 3 novembre 2003, Hello, Rec. p. 429.
- C.E., Ass, 11 mai 2004, Association AC !, Rec. p. 197 ; *R.F.D.A.*, 2004, p. 454, concl. Devys ; *A.J.D.A.*, 2004, p. 1183, obs. C. Landais et F. Lénica.
- C.E., 19 mai 2004, Raveneau, Rec. p. 589 et 801.
- C.E., 14 juin 2004, SCI Saint-Lazare, Rec. p. 563. ; *D.A*, novembre 2004, p. 47, obs. R. Noguellou.
- C.E., Avis 15 juillet 2004, Mr et Mme Damon, n° 266479, *A.J.D.A.*, 2004, p. 1926.
- C.E., 8 juillet 2005, Ministre de la Santé, de la famille, et des personnes handicapées contre agence régionale de l'hospitalisation de Provence Alpes Côte d'Azur, n° 264366 ; *A.J.D.A.*, 2005, p. 2453.

- C.E., 28 septembre 2005, Louis, Rec. p. 401 ; concl. A-F Roul, *B.J.C.L.*, n°1/06, p. 60; *A.J.D.A.*, 2006, p. 103, note A.M. Mazetier.
- C.E., ord., 9 novembre 2005, Madame Likoga, n°286321.
- C.E., Sect, 18 novembre 2005, Houlbreque ; *A.J.D.A.*, 2005, p. 2453 ; *R.F.D.A.*, 2006, p. 543, obs. T.X. Girardot ; *L.P.A.*, 24 avril 2006, p.13.
- C.E., 10 mars 2006, Société Leroy Merlin, *A.J.D.A.*, 2006, p. 796, obs. C. Landais et F. Lénica ; *R.F.D.A.*, p.550, concl. Stuillou.
- C.E., 15 novembre 2006, n° 264636.
- C.E., 22 novembre 2006, Association Squash rouennaise, n°289839, *A.J.D.A.*, 2006, p. 2256.
- C.E., 21 mars 2007, Garnier, n°284586 ; *D.A.*, mai 2007, p. 39, note O. Guillaumont.

➤ Cours administratives d'appel :

- C.A.A., Versailles, 7 juin 2005, SA SMAC Acieroid et autres, n° 04VE00673 ; *A.J.D.A.*, 2005, p. 1749.
- C.A.A., Marseille, 3 mai 2006, Martinez, n° 03MA01455 ; *D.A.*, Août - septembre 2006, p. 31, note O. Guillaumont.

➤ Tribunaux administratifs :

- T.A de Lyon, 27 février 1992, Madame Bentoumi, Rec. p. 678

➤ Conseil Constitutionnel :

- Cons.Constit., Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, Rec. p. 8 ; *R.F.D.A.*, 1987, p. 287.
- Cons. Constit., Décision n° 88-154 du 10 mars 1988, Loi du 17 janvier 1988 ; *D.*, 1988, jurisp., p. 561.
- Cons. Constit., Décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, Loi d'orientation pour l'Outre-Mer.

- Cons. Constit., Décision n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, Loi portant réforme de l'élection des sénateurs.
- Cons. Constit., Décision n° 93-335 DC du 21 janvier 1994, Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction, Rec. p. 40 ; *R.F.D.C.*, 1994, p.364, obs. F. Mélin-Soucramanien.
- Cons. Constit., Décision n° 77-83 DC du 20 juillet 1977, Rec. p. 39
- Cons. Constit., Décision n° 88-154 L du 10 mars 1988.

➤ Cour de justice des communautés européennes :

- C.J.C.E., 14 mars 1989, Del Amo Martinez /c Parlement, n° 133/88.
- C.J.C.E., 15 mai 1986, Marguerite Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, Aff. 222/84, Rec. p 1651, *R.F.D.A.*, 1988, p. 691
- C.J.C.E., 17 avril 1997, Dimossia Epicheirissi Ilektrismou (DEI) contre Evrenopoulos, aff. C-A27/95 ; *R.F.D.A.*, 1998, p. 1023, note E. Prévédourou.

➤ Cour européenne des droits de l'homme :

- C.E.D.H., 21 février 1975, Golder contre Royaume Uni, req. n° 445170.
- C.E.D.H., 9 octobre 1979, Airey contre Irlande, req. n° 6289/73.
- C.E.D.H., 30 septembre 2004, Pramov contre Bulgarie, requérant. n° 42986/98.

TABLE DES MATIERES

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES	4
SOMMAIRE.....	5
INTRODUCTION GENERALE.....	7
<u>PARTIE 1: UN MECANISME DESORMAIS BANALISE</u>	14
CHAPITRE 1 : Un contexte a priori hostile à l’émancipation du mécanisme	15
<i>Section 1 : La marginalisation initiale des recours administratifs obligatoires</i>	15
§1 : L’hostilité affirmée de la doctrine administrative	15
A) La négation de la fonction contentieuse de l’administration.....	16
B) La faveur attribuée aux recours facultatifs.....	17
C) Une technique négligée par l’administration	18
§2 : Une hostilité cautionnée par les autorités publiques	20
A) Une technique délaissée par les autorités normatives	20
B) Le rejet explicite d’une généralisation de l’obligation par le Conseil d’Etat.....	22
<i>Section 2 : Des réticences infondées</i>	24
§1 : Une perception erronée de la finalité du mécanisme	24
A) Une approche réductrice : la résurgence de la théorie du ministre juge.....	25
B) Une approche modernisée : un mode complémentaire de résolution des litiges.....	27
§2 : Un intérêt sous évalué du mécanisme	28
A) Une technique indûment décriée	28
B) Une utilité illégitimement minimisée.....	30
CHAPITRE 2 : Un développement en pratique engagé du procédé	33

<i>Section 1 : La recherche d'indispensables alternatives au règlement juridictionnel des litiges</i>	33
§1 : Un constat inéluctable : les lacunes du contrôle juridictionnel.....	33
A) La volonté initiale de remédier à la faiblesse des procédures d'exécution des décisions.....	34
B) La nécessité contemporaine de faire face à l'encombrement des juridictions.....	36
§2 : La recherche de palliatifs : le développement des règlements amiables des litiges.....	39
A) Un engouement généralisé pour les modes alternatifs de résolution des conflits.....	39
B) Les concrétisations de cet engouement en contentieux administratif	41
<i>Section 2 : L'amorce progressive d'une revalorisation du mécanisme</i>	43
§1 : Les incohérences initiales	44
A) Un phénomène impulsé pour des motifs essentiellement politiques.....	44
B) L'extrême diversité des domaines concernés.....	46
C) La faiblesse générale des aménagements procéduraux consacrés	49
§2 : La rationalisation actuelle	50
A) L'institution cohérente de l'obligation de recours dans des contentieux quantitativement importants	51
B) Une volonté affichée de poursuivre ce mouvement	53
<u>PARTIE 2: UN REGIME JURIDIQUE AUJOURD'HUI CLARIFIE</u>	57
Chapitre 1 : Une clarification du fonctionnement du recours administratif obligatoire	58
<i>Section 1 : L'introduction du recours par l'administré</i>	58
§1 : La détermination des contours du délai de recours.....	58
A) Les modalités de détermination du point de départ du délai de recours ont été précisées	58
B) Les conséquences attachées à l'absence de notification des voies et délais de recours ont été renforcées.....	60
C) Le non respect du délai de recours ne peut être régularisé.....	62
§2 : La détermination et les obligations du destinataire du recours	63

A) L'obligation de transmission en cas de saisine d'une autorité incompétente est désormais imposée	64
B) L'obligation d'accuser réception des recours est enfin consacrée	66
C) Les modalités d'articulation des compétences entre recours obligatoire et recours gracieux ont été clarifiées	67
 <i>Section 2 : La prise de position de l'administration</i>	69
 §1 : Le renforcement partiel des exigences dans l'examen du recours par l'autorité administrative	69
A) Le renforcement des exigences dans l'instruction du recours par l'intervention d'organismes ad hoc	69
B) L'incitation à un examen au fond du recours	71
 §2 : La reconsidération récente de la règle selon laquelle la décision prise sur recours se substitue à la décision initiale.....	73
A) Le caractère initialement restrictif du principe : la stricte disparition rétroactive de la décision initiale.....	73
B) L'atténuation récente du principe : l'indispensable renforcement des exigences de légalité.....	75
C) Une portée incertaine de l'atténuation : des divergences d'interprétation	76
 Chapitre 2 : Une clarification des relations entre recours administratif et juridictionnel	78
 <i>Section 1 : Les modalités d'articulation des délais de recours</i>	78
 §1 : La contre partie à l'obligation de recours : la prorogation du délai de recours contentieux	78
A) Une règle clairement établie	78
B) Une règle justifiée par la nature du recours administratif préalable obligatoire.....	80
 §2 : L'appréciation stricte de la règle de la prorogation du délai contentieux	81
A) Une application limitée par le principe de prorogation unique.....	81
B) Une approche attentatoire au droit d'accès à un tribunal ?	83
 <i>Section 2 : Les modalités d'intervention du juge</i>	84
 §1 : La reconnaissance d'une possible conciliation entre référé suspension et recours administratif	84
A) Un refus initial contestable	84
B) Un changement constructif.....	86

§2 : La remise en cause prévisible de la cristallisation du débat contentieux	88
A) L'irrecevabilité très contestable des moyens nouveaux invoqués devant le juge... ..	89
B) La recevabilité nécessaire des moyens nouveaux invoqués devant le juge .	91

PARTIE 3: UNE ORGANISATION ENCORE PERFECTIBLE..... 96

Chapitre1 : Des incertitudes déplorables quant à la détermination du champ d'application de l'obligation..... 97

Section 1 : Les flous entourant la reconnaissance du caractère obligatoire du recours..... 97

§1 : L'imprécision regrettable des dispositions textuelles instituant le recours..... 97

- A) La multiplication des sources instaurant un recours obligatoire 98
- B) Le laxisme dans la rédaction des textes instaurant un recours obligatoire..... 99
- C) Un état du droit contraire aux exigences relatives à la qualité de la règle de droit..... 101

§2 : L'interprétation libérale des dispositions textuelles instituant le recours 103

- A) L'existence de l'obligation largement tributaire de la volonté du juge..... 103
- B) Une méthode attentatoire aux exigences de prévisibilité de la norme juridique 105

Section 2 : Les hésitations relatives à la détermination des personnes concernées par l'obligation de recours 106

§1 : Une généralisation amorcée 107

- A) Une extension audacieuse 107
- B) Une volonté louable : l'attribution d'un caractère général à l'obligation .. 109

§2 : Une généralisation avortée 111

- A) Une régression regrettable..... 111
- B) Une solution pragmatique : l'absence de modulation des effets dans le temps d'un revirement de jurisprudence 112

Chapitre 2 : Des insuffisances procédurales persistantes..... 115

<i>Section 1 : La survivance d'atteintes injustifiables aux garanties fondamentales des administrés</i>	115
§1 :L'absence de notification du caractère obligatoire du recours : une atteinte au droit au juge	116
A) L'insuffisance des conséquences juridiques de l'absence de notification .	116
B) La rigueur des répercussions du défaut de recours obligatoire	117
C) La limitation intolérable du contrôle juridictionnel des actes de l'administration	119
§2 : L'absence de formalisme dans l'examen du recours : une atteinte au principe du contradictoire.....	120
A) Un état du droit défaillant : l'absence d'échange réciproque des prétentions.....	121
B) Un état du droit perfectible: l'édiction d'une réglementation générale de la procédure administrative non juridictionnelle	123
§3 : L'absence de pouvoir de suspension de l'administration : une situation préjudiciable aux administrés.....	124
A) La possibilité d'introduire un référé suspension : une avancée limitée	125
B) Une limitation surmontable : la reconnaissance d'un pouvoir de suspension à l'administration	126
<i>Section 2 : La méconnaissance regrettable du principe de l'examen effectif des recours par l'administration</i>	128
§1 : La recherche d'une évolution spontanée des mentalités	128
A) Un élément fondamental conditionnant l'efficacité du mécanisme du recours obligatoire.....	128
B) L'échec de la méthode incitative.....	129
§2 : La nécessaire mise en place d'un système contraignant	131
A) L'instauration d'une obligation de traitement des demandes.....	131
B) L'instauration de sanction en cas de manquement à l'obligation	133
CONCLUSION GENERALE	136
BIBLIOGRAPHIE GENERALE	139
TABLE DES MATIERES.....	149