

## LA PROCEDURE D'ELABORATION DES ACTES ADMINISTRATIFS \* EN DROIT FRANÇAIS

*par*

M. RAYMOND ODENT

Les règles qui régissent la procédure d'élaboration des actes administratifs n'ont été dégagées que très progressivement par le droit public français: elles n'ont jamais été codifiées.

Il existe néanmoins sur ce point un corps de doctrine très solide mais assez complexe: il s'est constitué, d'une part, par la généralisation de dispositions contenues dans le droit écrit et dont l'application introduite presque par accident dans une législation particulière, a été peu à peu étendue à l'ensemble de la législation et, d'autre part, par l'effort jurisprudentiel qui a dégagé des principes dont le Conseil d'Etat impose le respect à l'action administrative.

La plupart de ces règles furent à l'origine destinées à protéger l'administration contre elle même: ainsi les avis qui doivent être recueillis avant de prendre une décision garantissent la valeur de la solution finale après que tous les aspects d'un problème auront été examinés.

Mais certaines formalités ont des vertus propres et procurent aussi des garanties aux intérêts légitimes des administrés: c'est le cas des droits de la défense. Encore faut-il qu'un formalisme *taillon* n'entrave pas le fonctionnement normal des services publics et ne nuise pas à leur efficacité. C'est le rôle du juge administratif, par référence notamment à la théorie dite des « formalités substantielles », d'obtenir un équilibre entre ces exigences contradictoires. Les pages suivantes préciseront où en est le Conseil d'Etat dans la recherche de cet équilibre, toujours discutable, à propos de l'élaboration des actes administratifs.

I. - LES ENQUÊTES ET AVIS PRÉALABLES. Les consultations préalables jouent un rôle de plus en plus important dans l'administration moderne. Ce phénomène bien connu a des causes à la fois politiques et techniques; il traduit le souci d'associer plus largement les administrés au fonctionnement de l'administration; il se développe surtout dans le domaine économique et social, où les interventions de la puissance publique se multiplient; la consultation des intéressés, des usagers, des professionnels, doit permettre en effet aux autorités administratives de prendre des décisions à la fois mieux étudiées et mieux accueillies.

La consultation peut prendre deux formes: l'enquête publique et la demande d'avis. Dans la procédure d'enquête, le projet de décision est rendu public, et tous les intéressés ont la possibilité d'en prendre connaissance et de formuler leur opinion. La demande d'avis est au contraire adressée à une personne ou à un organisme déterminés, qui sont chargés de se prononcer sur un plan technique, ou qui ont la mission de représenter l'opinion des différentes ca-

---

(\*) Rapport présenté par M. Raymond ODENT, président de la Section du Contentieux du Conseil d'Etat, assisté par MM. FOURNIER et BRAIBANT, Mme QUESTIAUX, MM. GALMOT et MASSOT, au Colloque des Conseils d'Etat français et italien (Paris 12-14 Décembre 1966).

tégories d'intéressés. C'est surtout cette dernière forme de consultation qui tend aujourd'hui à se développer dans l'administration française.

En l'absence d'un code général de procédure administrative, le régime juridique de ces consultations préalables doit être recherché à la fois dans des textes particuliers, tels que la loi sur l'expropriation ou le statut des fonctionnaires, et dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Les textes instituent les procédures et règlent avec une précision variable leurs modalités. Le juge, de son côté, a établi, à l'occasion des litiges dont il est saisi, un corps de règles générales qui s'appliquent à tous les textes, soit pour interpréter leurs dispositions, soit pour combler leurs lacunes.

Dans l'élaboration de cette jurisprudence, le Conseil d'Etat s'efforce de concilier deux impératifs: d'une part, il veille à ce que la loi ne reste pas lettre morte, et à ce que les garanties qu'elle a instituées pour la protection des citoyens ou dans l'intérêt d'une bonne administration soient appliquées; mais d'autre part, il se préoccupe d'éviter que l'accumulation des consultations préalables ait pour effet de paralyser la puissance publique, et qu'un formalisme exagéré entraîne trop souvent l'annulation de mesures opportunes et justifiées.

Les consultations préalables sont soumises par la jurisprudence à deux théories générales du formalisme administratif. Il s'agit, en premier lieu, de la notion de formalités substantielles, qui permet de faire une distinction entre les garanties essentielles, qui doivent toujours être respectées, et les règles mineures, dont la violation ne motivera l'annulation de l'acte qu'en fonction des circonstances de l'affaire: par exemple, la publicité de l'enquête appartient à la première catégorie, et sa durée à la seconde. Il s'agit, d'autre part, de la théorie des formalités impossibles, qui est la transposition de la notion de force majeure dans le domaine de la procédure administrative: l'acte n'est pas irrégulier si la formalité prévue par les textes n'a pu être accomplie pour un motif indépendant de la volonté de l'administration, par exemple si l'organisme qui devait être consulté a refusé de donner son avis.

Outre l'application de ces théories générales, le Conseil d'Etat a formulé un certain nombre de règles propres aux consultations préalables, qui ont trait à l'obligation de consulter, aux modalités de la consultation, et à ses effets juridiques.

1. - L'obligation de consulter. — Dès lors qu'ils sont prévus par un texte législatif ou réglementaire, les enquêtes ou avis sont obligatoires; leur omission constitue une cause de nullité de l'acte; en d'autres termes, la consultation elle-même a toujours le caractère d'une formalité substantielle. C'est seulement dans le cas où, pour un motif quelconque, la consultation s'est avérée impossible, que son défaut n'entache pas la régularité de la décision.

En dehors des cas expressément inscrits par les textes, le Conseil d'Etat a décidé, par application de la règle du parallélisme des formes, que les consultations prévues pour l'intervention d'une décision s'imposent également pour son retrait ou son abrogation, à moins que le texte n'ait édicté une procédure spéciale; ce principe ne joue d'ailleurs que si la consultation initiale était obligatoire.

Il arrive en effet qu'une autorité administrative procède à des consultations de son plein gré, sans y être obligée: elle peut prendre l'avis d'une autre autorité, ou utiliser une procédure déjà existante et prévue pour d'autres affaires, ou enfin créer de toutes pièces une procédure *ad hoc* pour une affaire déterminée. La jurisprudence du Conseil d'Etat admet en principe la validité de ces procédés; toutefois, elle lui a assigné certaines limites: l'administration n'a le droit ni de substituer une procédure spéciale à la procédure normale,

ni d'ajouter à celle-ci une consultation supplémentaire qui aurait pour effet d'affaiblir ou d'altérer les garanties données aux intéressés par la loi; par exemple, elle ne peut doubler la consultation d'un conseil de discipline par celle d'un jury d'honneur spécialement composé pour une affaire; de même elle ne peut limiter la portée de la consultation des commissions paritaires d'avancement en instituant un système de concours préalables.

Telles sont les règles essentielles dégagées par le Conseil d'Etat en ce qui concerne le principe même de la consultation.

2. - Les modalités de la consultation. — Les consultations préalables comportent souvent la mise en oeuvre des règles générales relatives aux droits de la défense et à la procédure des organismes collégiaux; il est en effet fréquent que l'avis porte sur une affaire disciplinaire, ou qu'il soit demandé à une commission. Ces questions étant examinées par ailleurs, nous nous bornerons ici à indiquer la jurisprudence propre aux procédures consultatives; cette jurisprudence, qui a pour objet d'assurer la loyauté et l'efficacité des consultations, concerne leur ouverture, leur déroulement et l'utilisation de leurs résultats.

a) En premier lieu, l'administration doit informer complètement les personnes dont la consultation est obligatoire. Pour les enquêtes, le juge veille d'une part à ce que leur publicité soit correctement assurée, par exemple par voie d'insertion dans la presse locale et d'affichage en mairie, et d'autre part à ce que le dossier mis à la disposition des intéressés comprenne tous les renseignements nécessaires pour leur permettre de se prononcer en connaissance de cause. Quant aux organismes consultatifs, ils doivent être en possession des éléments d'information que détient l'administration, et ils doivent être saisis de toutes les questions qui seront réglées par la décision à intervenir. Toutefois, la jurisprudence fait preuve, là encore, d'une certaine souplesse, pour éviter d'alourdir ou d'affaiblir l'action administrative. Pour prendre un exemple récent, les textes relatifs à l'expropriation prévoient que si l'opération projetée comporte des travaux, l'estimation sommaire de leur coût doit figurer dans le dossier d'enquête; le Conseil d'Etat a néanmoins admis que, dans le cas de vastes opérations d'urbanisme qui nécessitent de longues études préalables, l'administration peut se borner à indiquer les dépenses prévues pour l'acquisition des terrains; elle est ainsi mise à même d'exproprier plus rapidement, sans attendre que la spéculation foncière fasse monter le prix des terrains. De même, sauf dans le cas de la consultation du Conseil d'Etat lui-même, l'administration a le droit d'apporter à son projet, après l'enquête publique ou la délibération de l'organisme consulté, certaines modifications, à la condition qu'elles n'altèrent pas l'économie générale de l'opération, ou qu'elles n'étendent pas l'objet du texte.

b) En ce qui concerne le déroulement de la consultation, le Conseil d'Etat exige que sa durée soit suffisante pour que les intéressés puissent étudier le projet et faire connaître leur opinion. Pour les enquêtes, cette durée est généralement prévue par les textes — par exemple, elle doit se situer entre quinze et trente jours en matière d'expropriation; ces délais doivent être respectés; toutefois leur méconnaissance ne rend pas l'opération irrégulière s'il apparaît qu'en fait tous les intéressés ont pu présenter leurs observations. En ce qui concerne les consultations d'organismes collégiaux, il est plus rare que le texte fixe un délai; mais, là encore, la procédure serait viciée par une consultation trop rapide, qui n'aurait pas permis aux membres de la commission d'étudier sérieusement le projet.

Le principe d'impartialité trouve d'autre part à s'appliquer dans cette ma-

tière. Lorsque l'analyse des résultats de l'enquête est confiée à un commissaire-enquêteur, il importe que celui-ci n'ait pas eu déjà à prendre parti sur le projet, et qu'il ne soit pas intéressé, dans un sens ou dans un autre, par les résultats de l'opération. De même, les membres de l'organisme consultatif qui ont un intérêt personnel dans l'affaire ou dont l'objectivité peut être mise en doute pour une raison quelconque, doivent s'abstenir de siéger.

L'organisme consulté doit également respecter la règle selon laquelle chaque affaire doit être soumise à un examen particulier; il n'a pas le pouvoir de poser des normes générales et de se lier ainsi par avance; par exemple une commission d'avancement ou de dégagement des cadres doit examiner la valeur professionnelle relative des agents dont le cas est soumis à son appréciation.

c) La jurisprudence exige enfin que la décision intervienne dans un délai raisonnable après la fin de l'enquête ou l'émission de l'avis. Si en effet la situation de fait ou de droit s'est entre temps transformée, il se pourrait qu'une nouvelle consultation donne un résultat différent; par exemple, un accroissement important de la population d'une ville peut modifier l'appréciation portée sur un plan d'urbanisme; de même, l'intervention d'une réglementation nouvelle peut rendre caduc un avis émis antérieurement. C'est là une question d'espèce, que le juge administratif règle cas par cas, en tenant compte à la fois de la nature de l'affaire et de l'importance des changements.

3. - Les effets juridiques de la consultation. — En règle générale et sauf texte contraire, les résultats de l'enquête ou l'avis recueilli n'ont aucune force contraignante pour l'administration. Non seulement celle-ci n'est pas tenue de s'y conformer, mais encore elle méconnaîtrait sa propre compétence et commettrait ainsi une illégalité, si elle se considérait comme liée: une telle attitude aboutirait en effet à transférer le pouvoir de décision à des personnes ou organismes auxquels la loi n'a donné qu'un rôle consultatif.

Certains textes prévoient néanmoins que l'avis a des effets juridiques, plus ou moins rigoureux: par exemple un avis défavorable peut faire obstacle à l'intervention de la décision, sans qu'à l'inverse un avis favorable oblige à la prendre: le sens de l'avis peut également déterminer l'autorité compétente pour prendre la décision, qui sera située à un rang plus élevé dans la hiérarchie si l'avis est défavorable; lorsque le texte donne à l'organisme consulté le pouvoir d'émettre des avis conformes ou des propositions, l'administration reste libre de ne pas donner suite aux avis ou propositions dont elle est saisie, mais elle est obligée d'en tenir compte si elle prend une décision; le Conseil d'Etat a d'autre part décidé, de façon purement prétorienne, que ses propres avis limitent les pouvoirs du gouvernement; celui-ci doit choisir entre le texte qu'il a présenté et le texte qui lui a été renvoyé, sans pouvoir introduire de nouvelles dispositions ou même adopter de nouvelles formulations.

L'administration a le droit, en principe, de procéder à une nouvelle enquête ou de demander un nouvel avis. Elle en a même l'obligation dans certains cas: si la procédure est entachée de quelque irrégularité ou bien si le contenu de l'avis est insuffisamment clair et précis, ou encore si les changements intervenus dans la situation de fait ou de droit, rendent caduque la première consultation. En revanche, la réouverture de la phase consultative est illégale s'il apparaît qu'elle a constitué une manoeuvre, l'administration ayant entendu mettre en échec les effets juridiques d'un avis régulièrement émis ou faire pression sur l'organisme consulté pour qu'il modifie sa position; dans le cas particulier des concours, le Conseil d'Etat considère, pour éviter toute immi-

xion de l'administration dans les travaux du juge, que la première ne doit jamais demander au second une nouvelle délibération.

\* \* \*

Il suffit de consulter les tables des recueils d'arrêts pour constater que les enquêtes et avis préalables donnent lieu à un contentieux de plus en plus abondant, et à des annulations de plus en plus fréquentes. Ce développement s'explique évidemment par celui des consultations elles-mêmes. Il sera sans doute enrayé lorsque les administrations connaîtront mieux les règles générales que le Conseil d'Etat a posées et précisées au cours de ces dernières années; il serait peut-être utile, pour faciliter leur tâche et aussi pour que les praticiens et les administrés soient mieux éclairés sur le droit positif, de rassembler cette jurisprudence dans un code général de procédure administrative.

II. - LES DROITS DE LA DEFENSE DEVANT L'ADMINISTRATION ACTIVE. — La jurisprudence du Conseil d'Etat sur les droits de la défense devant l'administration active fournit un exemple frappant de ces principes généraux du droit dont le juge impose respect à l'administration, même en l'absence de texte.

Sans doute à l'origine de cette jurisprudence, place-t-on traditionnellement un texte législatif, l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, voté par le Parlement pour lutter contre les abus qu'avait révélés l'affaire dite des « fiches ». Ce scandale politique avait en effet montré que l'avancement des officiers, à cette époque, dépendait des opinions politiques et religieuses que leur prêtaient des fiches confidentielles parfois constituées à partir de ragots. Désormais, « tous les fonctionnaires civils, et militaires, tous les employés et ouvriers de toutes administrations publiques ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les notes, feuilles signalétiques et tous autres documents composant leur dossier, soit avant d'être l'objet d'une mesure disciplinaire ou d'un déplacement d'office, soit avant d'être retardés dans leur avancement à l'ancienneté ».

L'oeuvre créatrice du juge allait consister à étendre peu à peu la règle posée par ce texte de circonstance à de nombreuses hypothèses pour lesquelles il n'avait pas été prévu. Pour ce faire, le Conseil d'Etat ne voulut plus voir, dans l'article 65 de la loi de 1905, qu'une application particulière d'un principe général du droit, depuis longtemps, connu des juristes sous son vieux nom latin *Audi alteram partem*. Dès lors, la voie était libre pour en imposer l'application à l'administration active dans des hypothèses auxquelles le législateur de 1905 n'avait nullement songé.

Aussi bien, n'étant plus tenu par le texte de 1905, le juge pouvait-il également perfectionner les techniques qui permettent d'imposer à l'administration le respect des droits de la défense sans se borner à la seule obligation de la communication du dossier.

C'est l'histoire de ce double progrès des droits de la défense que l'on voudrait retracer ici: extension à des hypothèses de plus en plus nombreuses; élargissement du contenu même de la notion.

1. - Extension du champ d'application des droits de la défense. — La loi de 1905 ne visait que les sanctions disciplinaires prises à l'égard d'agents publics. La jurisprudence applique aujourd'hui les principes des droits de la défense aussi bien dans le cas de sanctions prises à l'égard de personnes n'ayant pas la qualité d'agents publics que dans le cas de mesures frappant des agents publics mais n'ayant pas le caractère de sanctions.

A) *Extension des droits de la défense à des personnes n'ayant pas la qua-*

*lité d'agents publics.* — C'est avec l'arrêt Tromprier-Gravier du 5 mai 1944, Rec. p. 133, que le Conseil d'Etat a, pour la première fois, posé le principe général que tout administré, même n'ayant nullement la qualité d'agent public, a le droit de présenter sa défense avant de faire l'objet d'une sanction. Il s'agissait, en l'espèce, d'une modeste vendeuse de journaux exerçant Son métier dans un kiosque du Boulevard St. Denis à Paris. Le Préfet de la Seine, pour sanctionner le comportement répréhensible de cette personne, lui avait retiré l'autorisation d'utiliser ce kiosque. Le Conseil d'Etat a annulé cette sanction, prise sans que l'intéressée ait été mise à même de discuter les griefs formulés contre elle.

Le principe était posé. Restait à l'appliquer. Pour ce faire, la jurisprudence a manifesté le souci de tenir compte des exigences parfois opposées de l'intérêt général et de l'intérêt particulier de la personne visée par la mesure litigieuse. Les droits de la défense ont été d'autant mieux protégés que la mesure attaquée s'inspirait moins de considérations tirées de l'intérêt de l'ordre de la santé ou de la sécurité publique.

Nulle difficulté dans le cas de mesures ayant exclusivement pour but de sanctionner une attitude ou un comportement. La jurisprudence Tromprier Gravier joue alors pleinement et s'applique aux hypothèses les plus variées de sanctions, depuis le renvoi d'un élève de lycée à raison de sa mauvaise conduite (10 février 1960 — Gilles, p. 98) jusqu'à l'opposition à l'acquisition de la nationalité française par un étranger (2 décembre 1960, Rubin, p. 668). Il en va ainsi notamment dans les très nombreux cas où l'exercice d'une activité professionnelle est soumis à l'agrément de l'administration. Le retrait de cet agrément à titre de sanction doit toujours s'accomplir dans le respect des droits de la défense.

Inversement, nulle difficulté également lorsque la mesure litigieuse ne revêt pas le caractère de sanction: la jurisprudence Tromprier-Gravier ne s'applique pas à ces hypothèses. Ainsi jugé pour les décisions d'intégration des praticiens hospitaliers dans le régime du plein temps (Sentenac 7 juillet 1965, p.414).

La question est, cependant, beaucoup plus délicate, chaque fois que l'on se trouve en présence d'une mesure prise dans l'intérêt de l'ordre, de la sécurité ou de la salubrité publics, et que cette mesure sanctionne un comportement personnel de l'intéressé. En dépit du caractère de sanction qui s'attache à ces mesures, c'est leur qualité de mesure de police qui prévaut: la jurisprudence protectrice des droits de la défense ne peut alors trouver à s'appliquer, qu'il s'agisse de mesures aussi graves que l'expulsion d'un étranger (Andréani Ass. 10 décembre 1954, Rec. p. 656) ou une interdiction de séjour (Dame Bourokba Ass. 16 déc. 1955, Rec. p. 590).

Pour donner un exemple de la complexité de cette question, on citera la jurisprudence sur le titre de déporté résistant: à propos d'une même décision de retrait du titre de déporté-résistant, il a été jugé, dans une affaire Guilleret du 13 janvier 1956, p. 16, que l'on se trouvait en présence d'une sanction qui ne pouvait être prise sans que l'intéressé eût été mis à même de discuter les griefs formulés contre lui, et, au contraire, dans une affaire *Ministre des Anciens Combattants c/ Fringhian* du 22 mars 1963, p. 194 que la mesure attaquée ne constituait pas une sanction et pouvait être prise sans que l'intéressé ait été mis à même de présenter ses observations. C'est que, dans le premier cas, le retrait était motivé par le fait que l'intéressé s'était rendu coupable d'actes contraires à l'esprit de la Résistance, tandis que, dans le second cas, le ministre s'était borné à relever qu'une des conditions légales posées par le Code n'était pas remplie. Il faut ainsi parfois descendre assez avant dans l'analyse des motifs de la décision administrative pour savoir si elle est justiciable de la procédure protectrice des droits de la défense.

B) Extension des droits de la défense à des agents publics frappés par des mesures n'ayant pas le caractère de sanction. — L'arrêt fondamental en cette matière est une décision du 24 juin 1949 Nègre, Rec. p. 304. M. NEGRE, directeur général d'un établissement public, l'Agence France Presse, avait été en 1947 remplacé dans ces fonctions par une autre personnalité. Tout en reconnaissant que la mesure attaquée n'avait aucun caractère disciplinaire, le Conseil d'Etat a estimé qu'elle entrait dans le champ d'application de l'article 65 de la loi de 1905 du fait qu'il s'agissait d'une mesure d'éviction du service prise « en considération de la personne de l'intéressé ».

Conçue à l'origine pour les hauts fonctionnaires dont la nomination est à la décision du Gouvernement, cette jurisprudence a été étendue à tous les agents visés par l'article 65 de la loi de 1905 par l'arrêt; Ministre des P.T.T. c/ Garysas du 9 décembre 1955, Rec. p. 585: il s'agissait, en l'espèce, d'un simple auxiliaire des Postes, licencié pour inaptitude physique.

Le Conseil d'Etat a eu récemment l'occasion d'appliquer cette jurisprudence dans l'hypothèse, pourtant assez particulière, d'une mesure de mise en congé spécial prise à rencontre d'un officier en vertu d'une décision du Président de la République sur la base de l'article 16 de la Constitution. (d'Oriano Ass. 23 octobre 1964, p. 486). L'intérêt de cette affaire est que la décision du Président de la République prévoyait que la mise en congé spécial pourrait intervenir « nonobstant toute mesure législative ou réglementaire contraire ». Cela n'a pas paru suffisant au Conseil d'Etat pour exclure l'application de l'article 65: seule une disposition visant expressément ce texte aurait pu priver les intéressés de cette garantie essentielle.

Le principe du respect des droits de la défense est ainsi fermement établi et il s'applique aux domaines les plus divers. Quelles sujétions impose-t-il à l'Administration, quelles garanties offre-t-il aux administrés? C'est ce que l'on va voir maintenant. On constatera ici encore un élargissement progressif de la notion de droits de la défense.

2. - Elargissement du contenu de la notion de droits de la défense. — L'article 65 de la loi de 1905 se limitait, on l'a vu, à imposer la communication du dossier au fonctionnaire menacé d'une sanction. La jurisprudence a précisé, et largement étendu, les obligations de l'Administration.

En premier lieu, l'Administration doit communiquer à l'intéressé tous les griefs sur lesquels elle entend se fonder: l'omission d'un grief non surabondant suffit à vicier sa décision (Ass. 4 février 1966 Horko). Il faut aussi que l'intéressé ait connaissance des suites que l'Administration entend donner à ces griefs (24 avril 1964 — Sté Anonyme coopérative d'habitation à bon marché de Vichy, p. 244). Ces communications doivent intervenir en temps utile: une communication faite trop tard, par exemple la veille de l'intervention de la sanction, ne suffit pas (Nègre S. 20 janvier 1965, p. 24 et Torres 2 février 1966), une communication faite trop longtemps avant l'intervention de la sanction ne suffit pas non, plus (Ministre de l'Agriculture c/Sté coopérative d'insémination artificielle - 8 novembre 1963, p. 532: en l'espèce, la sanction n'était intervenue que deux ans et neuf mois après la communication). Lorsqu'un texte comme la loi de 1905 prévoit que l'intéressé a droit à la communication de son dossier, cette communication doit être intégrale.

Cette communication doit se faire dans un local administratif, mais à proximité de la résidence de l'intéressé. Dans le cas où l'intéressé peut se faire assister par un avocat, celui-ci a également droit à prendre connaissance du dossier.

En second lieu, le principe des droits de la défense oblige l'administration à tenir compte des observations que l'intéressé peut formuler sur les griefs

qui lui ont été communiqués. Ainsi, dans les cas où un texte prévoit l'audition de l'administré, l'Administration doit rendre possible sa comparution, au besoin en ajournant sa séance si l'intéressé établit qu'il ne peut se présenter à la date fixée: ainsi jugé pour les commissions de retrait du permis de conduire S. 21 mai 1965 Maarek, p. 293. Il n'en va autrement qu'en cas de manoeuvres dilatoires (même décision). Dans tous les cas où la comparution personnelle est prévue, les intéressés ont droit à l'assistance d'un avocat, sauf texte contraire (S. 8 novembre 1963, Ministre de l'Agriculture c/Lacour p. 532). En toute hypothèse, et même si l'intéressé ne comparait pas personnellement, les observations écrites qu'il a pu produire doivent être jointes au dossier soumis à l'autorité compétente (Ramelot 1er avril 1960, p. 245). Il n'en va autrement que lorsque l'administré ne respecte pas les délais qui lui sont impartis pour produire ses observations (5 décembre 1962 - Maison d'enfants La Bourdonnière p. 655).

Ainsi, peu à peu, se précise et s'étend le principe général du respect des droits de la défense devant l'administration active. Peut-être l'évolution que révèle l'examen de la jurisprudence des vingt dernières années, n'est-elle pas terminée.

III. - LES REGLES DE PROCEDURE DES ORGANISMES COLLEGIAUX. — L'intervention d'un organisme collégial au cours de la procédure d'élaboration d'une décision administrative représente une charge importante pour la personne publique responsable (charge financière), comme pour les administrés (allongement des délais).

Il faut bien que certains avantages compensent ces inconvénients et l'on constate en effet que la création de ces organismes répond au souci d'améliorer la qualité des décisions rendues, non seulement sur le plan technique (en réalisant une meilleure coordination entre les services, en permettant de consulter des experts privés, etc. ...), mais aussi sur le plan humain (en associant des représentants des administrés à l'élaboration des décisions qui les concernent).

Il est donc important que l'administration ne puisse arbitrairement s'exonérer des consultations ou décisions d'organismes collégiaux voulues par le législateur ou l'autorité réglementaire. C'est pourquoi le juge administratif décide que ces consultations ou accords préalables sont toujours des formalités substantielles, dont l'omission entache d'illégalité la décision qui intervient en leur absence.

Mais la méconnaissance des textes prévoyant l'intervention d'organismes collégiaux est loin d'être toujours aussi grave, et surtout aussi patente: car ces réglementations comportent presque toujours des lacunes importantes, et ne peuvent, de toute façon, régler d'avance des difficultés qui se révèlent en cours de fonctionnement.

La jurisprudence administrative a donc été amenée à poser un certain nombre de règles destinées à concilier deux exigences souvent opposées:

— d'une part veiller à ce que les organismes consultés soient à même d'offrir à l'administration et aux administrés toutes les garanties attendues;

— d'autre part, éviter d'alourdir les procédures par un formalisme inutile et de compliquer à l'excès la tâche de l'administration.

I. - S'agissant de la constitution des organismes collégiaux, les textes législatifs ou réglementaires (fixent généralement de façon très détaillée les règles applicables, et le juge se contente d'assurer le respect de ces dispositions.

On peut seulement signaler un certain nombre de difficultés:

— l'organisme consulté doit avoir une existence légale: il faut donc que le texte qui l'institue ait été publié, et soit entré en vigueur le jour où la délibération intervient. (26 octobre 56, PUBREUIL, p. 389).

Il faut également que ce texte ne soit pas lui-même illégal (23 mars 62, REVERS, 202). Il est possible d'invoquer à tout moment l'illégalité du texte constitutif pour demander l'annulation de la décision prise dans ces conditions.

— Les membres de l'organisme collégial doivent évidemment être nommés conformément au texte constitutif.

De telles nominations sont parfois délicates lorsque ce texte laisse à l'autorité administrative le soin de se livrer à certaines appréciations : ainsi en va-t-il lorsqu'il faut désigner les « organisations syndicales les plus représentatives » d'une catégorie d'usagers, qui devront seules être représentées au sein de l'organisme. Le juge administratif contrôle alors l'appréciation faite par l'administration.

Il faut signaler que les nominations des membres d'un organisme collégial sont des décisions individuelles, et non réglementaires. On ne peut donc les attaquer, ou invoquer leur illégalité que dans le délai du recours contentieux (c'est-à-dire dans les 2 mois de leur publication). Passé ce délai, l'organisme irrégulièrement composé pourra, en règle générale, valablement siéger et délibérer (11 oct. 57, dame GONZALES, p. 526).

Une difficulté se présente parfois lorsque le texte réglementaire fixant la composition de l'organisme ou les règles de son fonctionnement est modifié après que son avis ait été recueilli, mais avant que la décision ait été prise.

La règle est que la légalité des décisions administratives s'apprécie au jour de leur intervention: il faut donc exiger que l'organisme collégial soit à nouveau consulté conformément aux nouvelles règles.

Cette exigence est toutefois atténuée pour les concours et examens: le texte modificatif est inapplicable dès lors que les épreuves ont commencé avant son entrée en vigueur (22 juin 62, GODON, p. 991).

II. - C'est à propos des problèmes soulevés par le fonctionnement des organismes collégiaux que le juge administratif est le plus souvent amené à compléter la réglementation.

A) Il convient d'abord d'assurer lors de chaque séance, une présence aussi complète que possible des membres de l'organisme.

Il est nécessaire, à cette fin, que chacun des membres ait été régulièrement convoqué (24 juin 64, BONNARDEL, p. 355).

Les convocations doivent être adressées en temps utile.

Mais si ces obligations sont strictes à l'égard des membres titulaires, elles le sont beaucoup moins en ce qui concerne la convocation des suppléants, car ce serait imposer à l'administration et aux intéressés des frais inutiles.

C'est pourquoi il est décidé que les membres suppléants ne doivent être convoqués que si les membres qu'ils remplacent sont manifestement dans l'impossibilité de participer à la séance ou ont fait connaître qu'ils en seront empêchés (23 nov. 56, HUBERT, p. 446).

Il est d'ailleurs à signaler que l'existence de membres suppléants, ou la possibilité pour chacun des membres de l'organisme de se faire représenter ne se présumant pas et ne peuvent résulter que d'une indication expresse dans le texte constitutif (15 mars 57, ISRAËL, p. 174).

Malgré les précautions prises, il est fréquent que des absences soient constatées. Elles n'entachent pas d'irrégularité la délibération intervenue, sous réserve seulement qu'elles n'aient pas été trop nombreuses et que le *quorum* ait été atteint.

Ce *quorum* peut être fixé par le texte constitutif. En l'absence de toute disposition, il est égal à la moitié plus un du nombre total des membres composant l'organisme (2 nov. 57, AERIUM DE BIARRITZ, p. 578).

B) Inversement, il faut éviter la présence, lors de la séance, d'un certain nombre de personnes.

— Il s'agit d'abord de ceux qui ne sont pas membres titulaires, ou qui ne suppléent pas un titulaire absent.

Les personnes étrangères à l'organisme peuvent seulement être entendues, mais doivent se retirer lors de la discussion et du vote.

Cette règle est cependant appliquée avec plus ou moins de sévérité selon la nature de l'organisme en cause: la jurisprudence est très rigoureuse lorsque la composition de l'organisme constitue une garantie importante pour les intéressés (ex. : jury de concours); elle l'est moins pour d'autres catégories de commissions.

— Les membres régulièrement nommés doivent également s'abstenir de participer à la discussion et au vote lorsqu'ils sont directement intéressés à la question discutée ou lorsque leur impartialité peut être contestée.

Liens de parenté, intérêt personnel et direct, manifestation d'hostilité envers l'administré dont le cas est examiné sont des motifs de récusation, appréciés dans chaque cas par le juge. Lorsqu'une procédure de récusation est organisée par le texte, l'intéressé doit en user préventivement, faute de quoi il se priverait du droit d'invoquer ensuite cette irrégularité (20 mai 1960, LÉVY, p. 346).

Les irrégularités de composition entraînent normalement l'annulation de la décision administrative intervenue, sauf lorsque le juge a la certitude qu'elles sont demeurées sans influence sur cette décision (par exemple, lorsque l'organisme mal composé a donné à l'unanimité un avis favorable à la demande du requérant).

C) Enfin, les travaux de l'organisme collégial doivent se dérouler dans des conditions telles que l'avis soit donné en connaissance de cause et puisse utilement éclairer l'administration.

L'organisme doit être suffisamment informé par l'administration des questions dont il a à débattre.

Il doit lui-même se livrer à un examen attentif de ces questions: il ne peut par exemple se dessaisir au profit d'un expert ou d'un autre organisme; il ne peut non plus renoncer à examiner chacun des cas individuels qui lui sont soumis, en se bornant à émettre un avis global en application d'un règle générale qu'il se pose à lui-même.

Enfin l'avis ou la proposition doit normalement résulter d'un vote qui, dans le silence des textes, est acquis à la majorité des suffrage exprimés.

Mais l'exigence d'un vote n'est pas absolue, et il n'y a aucune irrégularité si l'autorité administrative a pu, en l'absence de vote, prendre une connaissance exacte de la position de l'organisme consultatif (5 nov. 65, Fédération nationale de sauvetage).

III. - Toutes ces règles de procédure, qui sont normalement substantielles, peuvent cependant être écartées par l'administration dans les cas exceptionnels où leur respect apparaît impossible.

Cette impossibilité peut tenir aux circonstances (occupation allemande par exemple); à certains obstacles matériels ou juridiques (par exemple si l'organisme dont la consultation est prévue a été supprimé par un texte ultérieur), ou à la mauvaise volonté des administrés eux-mêmes (certains membres de l'organisme peuvent refuser de siéger).

L'administration est alors dispensée de la formalité impossible. Mais lorsqu'elle peut observer une formalité analogue qui donne aux intéressés des garanties équivalentes, elle est en devoir de le faire (13 juillet 65, Ministre des P.T.T. c/Merkling).

IV - LA MOTIVATION DES ACTES ADMINISTRATIFS. — « Le règle suivant laquelle les actes administratifs n'ont pas à être motivés a pour conséquence de sup-

primer à leur égard le vice de forme tiré du défaut de motif; elle n'a ni pour but ni pour effet de soustraire l'administration à l'obligation de faire connaître au juge de l'excès de pouvoir les motifs des actes attaqués devant lui » (Lettourneur - Conclusions sieur Barel - 28 mai 1954 - Revue de Droit Public, p. 519 et s.).

(Non motivés en la forme, ces actes peuvent cependant être contrôlés; le juge en conclurait volontiers que le problème de leur motivation formelle se trouve d'ores et déjà dépassé conclusions Andrieux Pujo Sirey 1936-III-42). Ce n'est pas le point de vue de l'homme de la rue; il était *a priori* tout à fait concevable que l'administration fut tenue en toute occasion d'exprimer ces raisons dont elle devait faire le support légal de sa décision, que l'administré fut en droit de les connaître sans devoir nécessairement et *a posteriori* recourir à une action contentieuse. Telle est bien en effet la portée de l'obligation de motiver en tant qu'elle constitue une règle de forme. Comment une garantie aussi évidente pour le justiciable en est-elle restée dans la jurisprudence à une place de second plan, telle est la question que suscite un rappel de cette jurisprudence. Elle montre que l'application de cette règle, aux décisions administratives suscite des difficultés qui commandent son développement dans l'avenir.

I. - L'analyse de la jurisprudence se ramène à ceci: lorsqu'elle est prévue la motivation des actes administratifs est toujours une formalité substantielle; mais la jurisprudence circonscrit étroitement son champ d'application.

1°) On ne compte plus les espèces où a été regardé comme un excès de pouvoir le simple fait qu'une décision administrative n'était pas assortie de motifs alors qu'un texte l'exigeait, et ceci dans les domaines les plus divers. Les plus caractéristiques à différentes époques concernent par exemple, une déclaration d'utilité publique (S.té Générale et unique des Ciments de la Porte de France - 16 nov. 1934, p. 1064); la révocation d'un maire (Doriot - 3 décembre 1937, p. 991); le refus d'habiter un établissement d'enseignement à recevoir des boursiers (ministre de l'Education nationale c/ Pensionnat - Saint Martin de Tours - 14 juin 1961, p. 913); la fixation du prix des baux ruraux (Association des propriétaires fonciers du nord de la France - 4 avril 1962, p. 242); une sanction disciplinaire (demoiselle RIFFAULT, 28 mai 1965, le contentieux de l'épuration etc. ...).

Jamais n'a-t-il été admis que cette formalité peut ne pas être considérée comme substantielle et ceci va même très loin puisque les motifs doivent figurer dans le corps même de la décision. Sauf l'exception notable du contentieux de l'épuration (dame Coulon, 5 avril 1946, p. 106) la motivation par référence à d'autres documents du dossier n'est pas admise (demoiselle RIFFAULT précité). Il est naturel que si un administrateur est tenu de motiver sa décision, il donne lui-même, sous sa responsabilité, ses raisons d'agir.

2°) Mais il ne les donne que si un texte exprès l'y oblige, ou si du moins ce texte doit être interprété comme instituant cette obligation. Loin d'avoir fait de cette règle de motivation qui, intellectuellement, s'y prêtait, une règle générale imposée par le juge, la jurisprudence fait prévaloir le principe contraire; elle le fait consciemment car elle aurait eu l'occasion d'aménager sa position.

La règle vise en effet « tous les actes quelle que soit leur gravité, et toutes les autorités quelle que soit leur nature » (cf. conclusions Brabant - Delahaye, 24 avril 1964, p. 243 - Droit social, juil, août, 1964, p. 441 et l'énumération qui y figure). Autrement dit, cette garantie a été refusée à un administré pourtant relativement désarmé dans des situations affectant gravement ses intérêts, s'agissant par exemple d'interdiction de séjour (dame Bourobka - 16 déc. 1955, p. 596) ou d'autorisations nécessaires à l'exercice d'une activité professionnelle

(Union mutuelle immobilière 15 juli. 1957, p. 484 - Sté des Maisons des blessés des poumons - 3 mai 1957, n. 282).

Il avait même été proposé au juge un système de raisonnement pour atténuer la rigueur de sa jurisprudence. Il n'est pas en effet tout à fait exact qu'elle se fonde toujours sur un texte exprès pour imposer la motivation. Dans le cas, très important en pratique, du remembrement rural, il n'était pas dit dans la loi ou ses décrets d'application que les décisions devaient être motivées; la jurisprudence l'a pourtant exigé en vertu de considérations particulières développées à propos de l'affaire Billard (27 janvier 1950, p. 58 - Sirey 1950-III-40, conclusions Letourneur).

L'ensemble des textes sur le remembrement confère en effet aux autorités responsables, qui sont des commissions, un caractère quasi juridictionnel. C'est donc des propositions volontairement limitées à cette catégorie de litiges que le Conseil d'Etat a suivies. La meilleure preuve en est qu'ensuite, même s'agissant de commissions fonctionnant d'après une procédure élaborée et d'apparence juridictionnelle, cette jurisprudence ne s'est pas étendue (Société les maisons des blessés du poumon précité).

La jurisprudence fit d'ailleurs l'objet d'un examen d'ensemble à propos de l'inscription, toujours par des commissions, de médecins sur une liste de notoriété (Delahaye précité). Ici encore, et parce que le rapprochement avec la procédure juridictionnelle ne s'imposait pas, le moyen tiré du défaut de motivation fut écarté; mais le Conseil d'Etat était conscient d'aller à contrecourant d'un souhait qui commence à s'exprimer dans la doctrine.

La réticence à étendre l'obligation de motiver par voie jurisprudentielle s'explique.

1°) Dans la pratique, les difficultés apparaissent lorsqu'ils s'agit de déterminer ce qu'est un exposé suffisant des motifs. Le but à atteindre a été exposé à propos de l'affaire Coulon (conclusions Odent - Etudes et Documents 1947, p. 6). Il faut que les mentions de l'acte permettent de connaître ce que a déterminé la décision. Est bien un motif notoirement insuffisant celui qui se borne à reproduire le texte de la loi (Nectoux 19 nov. 1948, p. 593 - Marcellin, 25 avril 1947, p. 163) ou s'agissant de faits relevés contre une personne est valable collectivement pour plusieurs (Rondeau 12 mars 1948, p. 126). A l'autre extrême, il est impossible d'obliger l'administrateur, même lorsqu'il règle une affaire complexe en fait ou en droit, à rédiger comme s'il s'agissait d'une décision juridictionnelle.

La jurisprudence différencie donc ses exigences; elle est stricte si la matière s'apparente à celle où joue le principe des droits de la défense, et ainsi une décision de sanction doit relever avec soin les faits reprochés à l'intéressé (Doriot précité). La motivation peut être beaucoup plus sommaire s'agissant d'une déclaration d'utilité publique (demoiselle de Bresson - 10 juillet 1954, p. 460). Il est bien entendu qu'il ne s'agit là que de tendances puisque dans chaque cas s'appliquent des textes différents en leurs dispositions de fond et de procédure.

2°) Ces difficultés montrent que la jurisprudence n'en est pas encore à un point d'équilibre, et avant de renforcer la portée de l'obligation dans son champ d'application actuel et d'étendre même sans texte ce champ d'application, il faut peser des considérations contradictoires.

L'inconvénient de motiver est évident. L'obligation entraîne une plus grande rigidité dans l'action administrative et le contrôle du juge. Elle crée le risque d'annulation sans portée parce que l'administrateur qui aura agi légalement n'aura pas su rédiger. Et même dans les cas où le juge a des pouvoirs de contrôle étendus, où il lui appartient d'après l'instruction et le dossier d'apprécier,

complètement les motifs, il pourra être gêné de les trouver exprimés peut-être maladroitement dans la décision attaquée.

Ces objections valent plus cependant contre une application trop stricte du principe que contre le principe lui-même. Or, bien souvent le contrôle de la moralité de l'action administrative a progressé par le contentieux des formes.

Le juge préférera trouver dans son dossier une décision motivée dans tous les cas où son contrôle est restreint, car il sera alors mieux à même d'exercer sa censure *minimum* de l'inexactitude matérielle, de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'erreur de droit ou du détournement de pouvoir. Ainsi en est-il là où sa prudence s'explique par le caractère technique de l'appréciation faite par l'administration et les affaires de reconnaissance de la notoriété d'un médecin en donnent un bon exemple.

Le juge doit en outre se souvenir que l'intérêt de l'administration et du justiciable est de ne pas avoir de procès. Exiger de l'administration qu'elle donne ses motifs l'oblige à faire pour son propre compte une synthèse claire des données de l'affaire, améliore la cohésion de son action si le pouvoir de décider se trouve démembré et confié à des organismes où siègent parfois les représentants des groupes d'intérêt; l'utilité en apparaît toutes les fois que l'administration est en position d'arbitre. Elle améliore les rapports entre les services et un administré exaspéré de les voir « se prononcer en vertu de leur bon vouloir sans daigner expliquer leurs décisions et leurs mobiles » (cf. Ginguembre, Président des Petites et Moyennes entreprises - Revue administrative, 1949, p. 592).

En cela la règle répond à l'idée moderne de la « maison de verre », au désir du public d'être informé et d'identifier les responsables des décisions et ceci est très vrai pour les Français si attachés à l'idée d'égalité. On peut penser par exemple qu'en matière d'urbanisme une éventuelle comparaison de motifs donnés aux uns et aux autres sur le plan local peut contribuer à créer un climat de légalité.

Il est à prévoir que l'administration sera de plus en plus souvent tenue à cette règle. L'évolution est déjà amorcée si l'on en juge par le nombre de textes, et des textes importants qui l'imposent. A la liste des exemples relevés par MM. Auby et Drago, où figurent entre autres la dissolution d'un conseil municipal ou d'un conseil général, la révocation des maires (code municipal et loi du 10 août 1871), la nullité de droit et l'annulation des délibérations des conseils municipaux, le refus d'autoriser l'ouverture de pharmacies (code de la santé publique), l'interdiction de camping (Décret du 7 février 1959) s'ajoutent notamment le statut général des fonctionnaires (ordonnance du 4 février 1959), le refus d'inscription aux tableaux de certains ordres professionnels et même depuis un décret du 7 janvier 1966 l'inscription sur cette fameuse liste de notoriété médicale qui a fait l'objet de la décision Delahaye. Fait plus surprenant, l'administration en vient à donner ses motifs lorsqu'elle n'y est pas tenue. Ce fait nous a été signalé par l'annulation des délibérations des caisses de sécurité sociale ou l'agrément d'établissements de soins (cas où pourtant l'obligation avait été écartée par la jurisprudence - Sté Les blessés du poumon).

La jurisprudence pourra, soit laisser l'évolution se faire empiriquement, soit lui donner son appui en imposant même sans texte l'obligation là où elle est utile; si elle devait s'orienter vers cette seconde voie il lui faudrait un critère de cette utilité.

Elle est évidente pour les décisions qui doivent être prises dans le respect des droits de la défense; mais il faudra probablement aller plus loin. Le problème qui n'est pas nouveau pour la juridiction administrative sera de traduire fidèlement en termes juridiques l'acquis de la pratique administrative et un certain état de l'opinion,

V. - LES DÉCISIONS IMPLICITES. — Il peut paraître à première vue paradoxal d'aborder la question des décisions implicites dans le cadre d'une étude générale portant sur « la procédure d'élaboration des actes administratifs ». En effet la décision implicite est, le plus souvent, celle qui n'a fait l'objet, au sein de l'Administration, d'aucune préparation particulière. Elle résulte purement et simplement du silence gardé, de l'inertie marquée, par son auteur et la règle selon laquelle un tel silence fait naître une décision est avant tout une règle contentieuse. Elle vise non pas à améliorer le processus d'élaboration des décisions administratives mais seulement à faciliter l'exercice, par le justiciable, des recours juridictionnels.

L'examen de cette question n'en est pas moins utile dans la mesure où :

— d'une part les décisions déferées au juge administratif sont, dans une proportion appréciable, des décisions implicites. Une étude portant seulement sur les procédures « organisées » laisserait donc de côté un aspect important de la production juridique de l'administration.

— d'autre part, si la décision implicite n'implique, de la part de l'administration aucun acte positif, elle fait suite, en revanche, à une demande de l'administré. C'est cette demande qui fait naître la décision et détermine son contenu. L'analyse des règles applicables aux décisions implicites permet donc d'éclairer dans l'un de ses aspects une question plus générale, celle des relations qui se tissent, dans la préparation des actes administratifs, entre le particulier et la puissance publique.

I. - La règle selon laquelle « le silence gardé pendant plus de quatre mois sur une réclamation par l'autorité compétente vaut décision de rejet » a aujourd'hui une portée tout à fait générale. Il n'en a pas toujours été ainsi.

Cette règle est la conséquence indirecte d'une autre règle fondamentale, celle de la décision préalable, en vertu de laquelle le recours devant la juridiction administrative ne peut être formé que contre une décision. Si l'Administration, malgré la demande qui lui est adressée dans ce sens, se refusait indéfiniment à prendre une décision, le contentieux ne pourrait jamais être lié. D'où la fiction juridique d'après laquelle le silence gardé pendant un certain temps sur une demande vaut décision.

La juridiction administrative, en dépit de l'imagination dont elle a souvent fait preuve en matière procédurale n'a pas cru pouvoir établir elle-même une telle fiction. Il a donc fallu que des textes spéciaux interviennent à cet effet : d'abord le décret du 2 novembre 1864 qui ne visait que les cas de recours hiérarchiques formés devant les Ministres contre des décisions de leurs subordonnés ; puis la loi du 17 juillet 1900 qui a étendu la règle à l'ensemble des recours juridictionnels devant le Conseil d'Etat. Mais, même après l'intervention de cette loi, la règle n'était pas applicable, sauf texte le prévoyant expressément, devant les juridictions administratives subordonnées (section, 20 avril 1956, école professionnelle de dessin industriel, rec. p. 163 avec les conclusions Long) et c'est seulement avec le vote de la loi du 7 juin 1956, relative aux délais de recours contentieux en matière administrative, qu'elle a pris la valeur d'un principe général applicable devant l'ensemble des juridictions administratives.

Désormais, par conséquent, toute demande adressée à l'autorité administrative fait naître, lorsqu'il n'y a pas été statué dans un délai de quatre mois à compter du jour de sa réception, une décision implicite de rejet. Il n'en va autrement que dans les cas, peu fréquents, où des textes particuliers ont posé une règle différente. C'est ainsi que dans certaines matières, où la décision demandée n'a généralement que la valeur d'une autorisation ou d'une approbation donnée par l'Administration à une initiative qu'elle ne prend pas elle-même, la règle est inversée. Le silence vaut alors acceptation de la demande. C'est

ce qui a été prévu notamment en matière d'urbanisme, pour les demandes de permis de construire (article 20 du décret du 13 septembre 1961) et en matière de tutelle administrative sur les délibérations des conseil municipaux (articles 46 et 49 du code de l'administration communale), des conseil généraux (article 47 bis de la loi du 10 août 1871, modifiée par ordonnance du 5 janvier 1959), des caisses de sécurité sociale, etc. ...

Encore faut-il, pour que naisse une décision implicite, et aux termes mêmes de la loi du 7 juin 1956, d'une part que l'on se trouve en présence d'une « réclamation », d'autre part que cette réclamation soit adressée à l'« autorité compétente ». Mais sur ces deux points, des interprétations souples ont été adoptées.

Certes, lorsque la démarche faite auprès de l'administration ne présente pas le caractère d'une demande (22 février 1952, Paisnel T. p. 796 : observations diverses sur le litige opposant l'intéressé à l'administration) ou lorsque cette démarche demeure trop vague pour qu'une suite puisse utilement lui être donnée (27 juin 1962, Ministre des Travaux Publics c/Chodas, T. p. 1055 : demande au Ministre d'adresser « des instructions à ses subordonnés en ce qui concerne le droit de pêche »), elle ne fait naître aucune décision et le contentieux ne peut pas être lié. Mais la jurisprudence n'est pas exigeante. Par exemple une demande d'indemnité fait naître une décision de rejet même si elle ne précise pas les divers éléments du préjudice à réparer (22 février 1946, Di Grazzia, rec. p. 58) ou le montant de l'indemnité réclamée (9 décembre 1949, dame Guverding, rec. p. 543).

Par ailleurs, si la réclamation adressée à l'autorité incompétente ne fait pas naître une décision sur le fond (9 février 1955, commune de Joinville-le-Pont, rec. p. 79), la rigidité de cette solution est considérablement atténuée par le développement récent de la jurisprudence en vertu de laquelle l'autorité incompétente est tenue de transmettre la demande à l'autorité compétente, dans tous les cas où ces deux autorités relèvent de la même collectivité publique (20 janvier 1960, dame Nodière-Blanc, rec. p. 34) et même dans certains cas où, quoique relevant de collectivités distinctes, il existe entre elles des liens de droit suffisants pour justifier l'existence de l'obligation de transmission (section, 20 mai 1960, Hennequin, rec. p. 360). Dans ces cas la demande, bien qu'adressée à une autorité incompétente, fais donc naître, à l'expiration du délai de quatre mois, une décision prise par l'autorité compétente, même si la transmission n'a pas été opérée en fait. Les effets de la fiction juridique sont ici faussés à leur maximum.

Il faut préciser enfin que la demande de nature à faire naître une décision implicite n'est assujettie à aucune règle de forme particulière. Elle prend le plus souvent la forme d'une simple lettre. Elle peut être contenue dans une assignation en justice (section, 30 octobre 1964, Société Prosoga, rec. p. 496). Elle peut même, pourvu que son authenticité puisse être par ailleurs établie, n'être pas signées (24 mars 1965, Ministre de la Construction c/Scoromiglia) ou rester orale (7 novembre 1956, Delzont, p. 421).

II. - L'institution du mécanisme de la décision implicite n'est pas restée sans incidence sur le plan des relations entre le particulier et l'Administration. Elle présente à cet égard, pour le premier, des avantages considérables, mais aussi des inconvénients dont les plus marquants ont été palliés par des textes récents.

L'avantage le plus apparent consiste à mettre le justiciable à l'abri des conséquences d'une inertie administrative. Quatre mois après la présentation de sa demande — et la durée de ce délai peut être considérée comme raisonnable — il peut déférer au juge une décision de rejet. Toute obstruction à son égard est donc rendue, en principe, impossible.

Mais là n'est pas l'essentiel. Le mécanisme de la décision implicite a permis en effet de renverser les conditions dans lesquelles s'ouvre le débat contentieux. Certes, c'est toujours l'administré qui est demandeur, et la règle de la décision préalable continue, par hypothèse, de s'appliquer. Mais l'objet du litige est en définitive déterminé, dans un tel cas, par l'administré et non plus par l'administration. C'est lui qui fixe les limites du débat car c'est le contenu de sa demande qui commande celui de la décision attaquée. Peu importe, par exemple, que l'administration se borne à une réponse d'attente ou qu'elle réponde à côté de la question posée: parallèlement à cette prise de position expresse, qui ne constitue pas une décision, n'en naîtra pas moins une décision implicite portant rejet de la demande formulée et c'est en fonction des termes mêmes de cette demande que le juge statuera (section, 24 octobre 1958, Métadier, rec. p. 497).

Ainsi, en dehors même des cas où la législation ou la réglementation organisent une procédure comportant au départ une demande de l'administré, celui-ci va pouvoir, dans la mesure où il y a un intérêt quelconque, et pourvu que la demande ait un fondement légal, provoquer l'intervention de l'administration dans n'importe quel domaine. Bar le biais du pouvoir générateur de décision qui est donné à la demande, un champ extrêmement varié et pratiquement illimité est ouvert au contrôle de la juridiction administrative, qui sera susceptible de s'exercer non seulement sur l'action mais aussi sur l'abstention des pouvoirs publics, et porter sur des décisions aussi discrétionnaires que, par exemple, le refus d'engager des poursuites judiciaires (section 30 septembre 1955, Union nationale des syndicats d'opticiens de France, rec. p. 453).

L'utilité du système n'est donc plus à démontrer. Mais son fonctionnement ne va pas sans inconvénients.

Tout d'abord, et sauf dans les cas où l'administration choisit sciemment, au lieu, de notifier une décision expresse qu'elle avait en fait préparée, de laisser naître une décision implicite qui passera plus facilement inaperçue, la décision implicite, dans la mesure où elle n'est engendrée que par le simple écoulement du temps, n'a fait l'objet d'aucune étude particulière. De ce fait découlent deux conséquences. Eh premier lieu la décision sera souvent irrégulière sur le plan de la procédure, les consultations requises par la loi n'ayant pas été faites, ou, ce qui entraîne une illégalité encore plus certaine, la motivation éventuellement prescrite par les textes applicables étant par hypothèse absente (15 juillet 1964 - Duquerroix, rec. p. 424). La décision implicite sera alors annulée, mais sans aucun profit pour l'administré car une nouvelle procédure devra être engagée. En second lieu la position négative que l'administration, par cette fiction juridique, est censée avoir prise sur le fond du droit risquera, par une sorte d'effet d'inertie, d'être maintenue ensuite par elle. Il sera plus difficile pour elle de revenir sur une décision implicite de rejet, même non étudiée en fait, que d'accorder d'emblée, à l'occasion d'un premier examen de la demande, satisfaction à l'intéressé. Ce que celui-ci gagne sur le plan des délais de solution, il risque donc de le perdre en ce qui concerne le contenu de cette solution.

A cette première série d'inconvénients, s'en ajoute une seconde résultant de l'application qui, depuis l'intervention de la loi du 18 décembre 1940, est faite aux décisions implicites des règles habituelles de délai en matière de recours contentieux. La décision implicite, comme toute autre, doit en principe faire l'objet d'un recours dans un délai de deux mois, faute de quoi elle devient définitive et ne peut plus être critiquée. Ce délai est d'ordre public et, notamment, il n'est pas interrompu par la réponse d'attente de l'Administration. Or beaucoup d'administrés, lorsqu'ils ont fait une demande, attendent pour agir de connaître la position de l'Administration, qui ne leur est souvent notifiée

que bien après le délai de quatre mois. Il leur faut alors s'apercevoir que la décision expresse qu'ils défèrent au juge est purement confirmative de la décision implicite qu'ils n'ont pas attaquée dans les délais. La fiction juridique s'est retournée contre eux; ils se sont plus recevables à faire valoir leur droit (section 28 mars 1952, Martin, Pitfao et Lhuillier, rec. p. 199; 2 mars 1962, Meriglier, rec. p. 144).

C'est aux plus notables des inconvénients de cette seconde catégorie que se sont attaqués des textes récents: la loi déjà citée du 7 juin 1956 et le décret du 11 janvier 1965. Il convient désormais de distinguer deux hypothèses: — en matière de plein contentieux ou, en matière d'excès de pouvoir, lorsque la décision ne peut être prise que par un organisme collégial, ou sur avis d'un tel organisme, le délai de recours contentieux ne commence à courir que du jour de la notification d'une décision expresse de rejet. Tant qu'une telle décision n'est pas intervenue la décision implicite peut donc être attaquée.

— en matière d'excès de pouvoir, et sauf le cas envisagé ci-dessus d'intervention d'un organisme collégial, le délai court en principe du jour de l'intervention de la décision implicite. Si une décision explicite intervient pendant ce délai, elle peut elle-même être attaquée dans un délai de deux mois. En revanche, si la décision explicite intervient plus de deux mois après la décision implicite, il n'y a pas de réouverture du délai et l'intéressé est forclus.

La portée de ce dernier aménagement est donc extrêmement limitée. Celle du premier est au contraire très large puisque, outre l'ensemble du plein contentieux, il vise en fait tous les cas, de plus en plus fréquents, où la décision administrative doit être prise sur avis d'un organisme consultatif et que, dans tous ces cas, il restitue au mécanisme imaginé par le législateur la portée qui était initialement la sienne: celle d'une arme entre les mains du seul administré, génératrice de décision mais non de forclusion.

M. RAYMOND ODENT  
Président de la Section du Contentieux  
du Conseil d'Etat français