

LA CONDITION DE LA DECISION ADMINISTRATIVE PREALABLE : SON IMPACT SUR LE NOUVEAU SCHEMA DE LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE CONTENTIEUSE

F. BENBADIS *

L'objectif de la réforme du Code de Procédure Civile, opérée par la loi 90-23 du 18 août 1990, était de simplifier la tâche du justiciable. En effet, on peut lire dans l'exposé des motifs de la proposition de loi "Pour éviter qu'il existe une discordance entre les principes ambitieux théoriquement proclamés ¹, et les garanties réelles que leur application pratique, apporte aux justiciables, un certain nombre de réaménagements semblent aujourd'hui nécessaires et touchent quelques aspects de la procédure administrative contentieuse".

Ce que la proposition de loi envisageait à ce propos c'était d'une part, de supprimer la distinction recours gracieux- recours hiérarchique, d'autre part, de décentraliser le contentieux de l'annulation.

Le projet de loi quant à lui, tout en prenant en charge les préoccupations exprimées dans la proposition de loi va plus loin et propose "la suppression du recours préalable pour le contentieux dévolu aux cours, qui est remplacé par l'obligation pour le juge de tenter à ce niveau la conciliation des parties, car l'expérience a démontré le peu d'efficacité du recours administratif préalable lequel est à l'origine de lourdeurs. Il reste néanmoins un moyen facultatif pour les parties".

La deuxième idée est la décentralisation plus poussée du contentieux administratif, de nature à rapprocher davantage la justice du justiciable. Dès lors une question se pose : l'objectif fixé par cette réforme est-il atteint ?

* Professeur à l'Institut de Droit et des Sciences Administratives - Université de Constantine.

¹ L'art. 164 de la constitution "la justice garantit à tous et à chacun la sauvegarde légitime de leurs libertés et droits fondamentaux".

En supprimant parmi les conditions de recevabilité de la requête, celle relative au recours administratif préalable, et en la remplaçant par la conciliation, la loi a-t-elle réellement simplifié la tâche du justiciable ?

A la lecture du nouvel art. 169 bis du code de procédure civile il semblerait que la loi ait atteint son objectif. En effet, il suffit au requérant d'être en possession d'une décision administrative pour pouvoir saisir le juge; cette condition est suffisante pour lier le contentieux, mais elle est surtout nécessaire "la cour ne peut être saisie par un particulier que par voie de recours formé contre une décision administrative".

Il est un principe traditionnel en droit administratif français, selon lequel on ne peut se pourvoir devant le juge administratif que contre une décision, quel que soit l'objet du litige : demande d'annulation d'une décision administrative, demande pécuniaire, etc... Ce principe a semble-t-il été repris par le législateur algérien dans le code de procédure civile de 1966. La réforme de 1990 n'y a pas touché, elle ne fait que supprimer le préalable administratif, c'est à dire le recours à l'administration avant toute action contentieuse. C'est précisément ce qui pose problème. La portée de la décision administrative préalable est différente selon que l'action se déroule avant 1990 ou après 1990.

A - SENS ET PORTEE DE LA DECISION ADMINISTRATIVE PRE-ALABLE D'APRES LE CODE DE PROCEDURE CIVILE DE 1966

Il faut avoir à l'esprit que les cours statuant en matière administrative ne connaissent que du plein contentieux voire du contentieux de la responsabilité. En tout état de cause, le contentieux de l'annulation leur échappe totalement. Ce qui signifie que dans la majorité des cas, le fait générateur du litige ne constitue pas une décision administrative au sens précis.

1 - Définition de la décision administrative

Le recours n'est recevable qu'à l'égard des actes administratifs susceptibles de produire des effets juridiques c'est à dire selon un terme emprunté à la jurisprudence française, de "faire grief" au requérant.

L'auteur du recours ne doit pas seulement se plaindre de simples velléités de l'administration, il ne doit pas alléguer une menace plus ou moins réelle, il doit déférer une mesure qui l'atteint. Ce recours est en effet une véritable action dirigée contre un acte administratif.

Ces raisons obligent les juridictions administratives à écarter, par une fin de non-recevoir, les recours dirigés contre les actes unilatéraux de l'administration qui ne font pas grief, ceux qui ne sont pas des décisions exécutoires.

Voir à titre d'exemples les arrêts suivants :

Cour d'Alger 22/12/1967 Zaffra, c/Préfet d'Alger in Annuaire de la justice 1967 page 301... " Considérant qu'en matière de plein contentieux, une décision préalable de l'administration faisant grief, doit être produite ".

Cour de Constantine 27/01/1971 Boukhadra Abdallah c/ Ministre de la Défense Nationale requête déclarée irrecevable en ces termes... "Attendu qu'aux termes de l'art. 169 bis du code de procédure civile... la cour statuant en matière administrative ne peut être saisie par un particulier, que par voie de recours formé contre une décision administrative...qu'il y a lieu de déclarer la requête irrecevable en l'état, pour défaut de décision préalable".

Cour de Constantine 27/01/1971 Malek Slimane c / APC de Tala Ifacène : "Attendu que les requérants ne justifient pas d'une telle décision; qu'il y a lieu de déclarer leur requête irrecevable en l'état".

Ces exemples sont destinés à mettre en lumière une rigueur avec laquelle le juge administratif fait application de cette condition de la décision administrative préalable. Il la considère comme une règle d'ordre public dont l'inobservation entraîne l'irrecevabilité de la requête.

2- Tous les actes unilatéraux de l'administration ne sont pas des décisions exécutoires

Sous cette rubrique, nous pensons classer de manière générale les actes ne faisant pas grief c'est à dire non susceptibles de produire des effets de droit.

- Il s'agit des propositions et voeux précédant une décision administrative.

A titre d'exemple voir **Cour Suprême chambre administrative 21 mai 1965 sieur Bouloua c/Etat.** "Attendu que l'avis de la commission de réforme ne constitue pas lui même une décision faisant grief, susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir".

- Il s'agit également des actes n'ayant qu'une valeur indicative. Voir C.S. chambre administrative 17/12/1965 Dame Marie De Ligne.

De ce qui précède il ressort la rigueur avec laquelle est interprétée la condition de la décision administrative par le juge. Il en fait une règle d'ordre public dont l'inobservation doit être soulevée d'office.

Notons que la jurisprudence française en fait une interprétation beaucoup plus souple.

Voir à titre d'exemple **CE 2 juin 1931 Castellani** : une décision verbale a été jugée suffisante. Eu égard au rôle important que cette condition joue à travers la procédure administrative contentieuse, il importe de rechercher son fondement.

3- Fondement de la règle de la décision administrative préalable

Si l'on considère que cette règle consiste en ce que l'on ne peut former un recours devant le juge administratif, que s'il existe une décision préalable de l'administration contraire à la prétention du requérant, en droit français elle suffit à lier le contentieux. En droit algérien cela ne suffisait pas avant 1990, il fallait également former un recours administratif préalable.

En outre, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, cette décision préalable est constituée par la décision attaquée elle-même.

C'est dans le contentieux de pleine juridiction que la règle révèle son originalité, puisqu'elle impose au particulier de s'adresser à l'administration avant de saisir le juge dans la majorité des cas : c'est la réclamation, qui a pour but de provoquer une décision administrative. Cette réclamation s'identifie parfois à la seconde exigence posée, avant 1990 par le code de procédure civile, à savoir le recours administratif préalable. En d'autres termes, malgré l'existence de la décision administrative, le préalable administratif était obligatoire dans tous les cas. Il encomrait sans doute la procédure, mais du moins était-il clairement défini, car il constituait le moyen d'obliger l'administration à répondre, le silence de celle-ci valait décision implicite de rejet.

C'est précisément ce préalable administratif que supprime la loi 90-23 du 18/08/1990.

B - SENS ET PORTEE DE LA DECISION ADMINISTRATIVE PRE-ALABLE D'APRES LA LOI DE 1990

Contrairement à certaines opinions émises, il serait erroné de croire qu'en supprimant le recours administratif préalable, le législateur a supprimé la règle de la décision administrative préalable.

1- Lecture de la loi 90-23 du 18/08/1990

La condition de la décision administrative préalable est posée en termes clairs dans l'alinéa premier de l'art. 169 bis qui concerne tout le contentieux dévolu aux cours statuant en matière administrative (contentieux de l'annulation mais également contentieux de pleine juridiction).

Mis à part le recours en annulation, qui est par essence un recours intenté contre un acte administratif et qui suppose donc l'existence de ce dernier, tout le plein contentieux ne répond pas à cette exigence, car le fait générateur du litige est souvent constitué par un acte matériel.

En vertu de cette condition de la décision administrative préalable, l'administré victime d'un dommage ne pourra pas, à la différence de ce qui se passe en procédure judiciaire, saisir directement le juge administratif : "la cour ne peut être saisie par un particulier que par voie de recours formé contre une décision administrative".

Il faut avoir à l'esprit qu'en opérant la décentralisation du contentieux de l'annulation et en confiant une partie aux cours, le législateur ne précise à aucun moment son intention de poser des règles différentes selon qu'il s'agit du recours en annulation ou du recours de pleine juridiction.

Les conditions énoncées par l'art. 169 bis sont incluses dans la procédure devant la cour statuant en matière administrative sans qu'il y ait lieu d'opérer distinction entre les différentes catégories de recours.

Par le passé, nonobstant l'exigence du recours administratif préalable, il n'a jamais été contesté que tout recours intenté devant les mêmes juridictions impliquant l'existence d'une décision administrative; pourtant il ne s'agissait que du plein contentieux. Le reproche adressé alors, était relatif à l'exigence de la double condition de liaison du contentieux: décision administrative préalable et recours administratif préalable.

Il est vrai que dans le plein contentieux (fait générateur du litige : action matérielle) la réclamation répondait dans la majorité des cas, à cette double exigence : d'une part, s'adresser à l'administration avant toute action contentieuse, d'autre part, provoquer la décision administrative de l'alinéa premier de l'art. 169 bis, implicite ou explicite; d'où la différence entre décision initiale et décision préalable.

En supprimant le recours administratif préalable, la loi 90-23 n'a pas eu pour objectif de supprimer la décision administrative préalable. Rien ne permet par ailleurs de dire que cette condition est réservée au contentieux de l'annulation. En effet, même dans le plein contentieux il faut que le recours soit formé contre une décision administrative. Par conséquent, faute de pouvoir produire cette dernière, le requérant

se trouve dans une situation fort embarrassante. Le législateur est resté muet sur la question.

Que faire ? Et comment ?

A certains égards, le nouveau profil de la procédure administrative contentieuse s'identifie ou tente de s'identifier au modèle français. Mais dans ce dernier la loi du 7/6/1956 a établi la règle dite "du silence de l'administration"; lorsque l'administration ne répond pas à la réclamation du particulier, son silence équivaut, au bout de quatre mois, à une décision implicite de rejet "le silence gardé pendant plus de quatre mois sur une réclamation par l'autorité compétente vaut décision de rejet".

A ce stade de la réflexion il importe de s'interroger sur la solution adéquate à la situation. Comment interpréter la carence de la loi ? Car il y a bien carence liée directement à la méconnaissance du lien entre le recours administratif préalable et la décision administrative préalable; que peut faire le juge ? C'est précisément cette question qui nous interpelle.

2 - Les pouvoirs du juge face au silence de la loi

Faute de se prévaloir d'une décision administrative à l'appui de sa requête, le citoyen est théoriquement débouté car, la formule de 1990 étant la même que celle d'avant 1990, le juge n'a pas moins de raisons aujourd'hui qu'avant la réforme de 1990 de l'ignorer.

S'il n'appartient pas au juge de contourner la volonté du législateur de supprimer le recours administratif préalable - encore qu'en le supprimant, il ne l'interdit pas - il ne lui appartient pas plus de contourner la formule de l'alinéa premier de l'art. 169 bis.

L'idée semble merveilleusement formulée par R. Carré De Malberg dans un principe exposé de la manière suivante : "De ce que l'autorité juridictionnelle est investie de la faculté de suppléer aux lacunes des lois, il ne s'ensuit pas qu'elle puisse, dans le silence de celles-ci, adopter toute solution d'espèce qui lui paraîtrait convenable. Le juge n'a pas... une latitude d'appréciation et une liberté de décision, égales à celles du législateur..."².

Les juristes sont en réalité embarrassés par la contradiction qui existe entre le principe interdisant au juge de prendre des mesures générales, et la pratique aboutissant à la solution inverse.

² Voir R. CARRE de MALBERG. Contribution à la théorie générale de l'Etat. Tome 1, p. 747.

En droit français, l'analyse faite par Charles EISENMAN supprime en partie cette contradiction.

En effet, d'une part que le droit français puisse avoir une source jurisprudentielle est discutable au regard du principe établi par l'art. 5 du code civil : "Il est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. Néanmoins, il faut reconnaître que la jurisprudence crée du droit à tel point que le droit administratif français est principalement formé par le juge.

D'autre part, comme le souligne F. Geny ³, les juges sont chargés d'appliquer la loi, ou plus généralement de mettre en oeuvre le droit soit exprès soit latent. S'ils peuvent le créer pour une espèce déterminée, ils n'ont pas qualité pour l'ériger en précepte destiné à régir les cas à venir. Le principe de la séparation des pouvoirs interdit au pouvoir judiciaire de s'immiscer dans le domaine du pouvoir législatif. En principe, le statut de la fonction juridictionnelle interdit de reconnaître au juge le pouvoir de créer des normes.

Mais EISENMAN souligne qu'à l'art. 5 du code civil s'oppose l'art. 4 "le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice".

Il existe donc deux modèles de rapport entre la législation et le juge.

En vertu du premier, le juge applique la loi.

En vertu du second, il détermine la règle de droit.

"On peut donc dire que la création jurisprudentielle du droit est reconnue dans son principe par le droit législatif...".

S'il est possible d'objecter que la décision jurisprudentielle n'est créatrice de droit que pour une espèce, on peut y répondre qu'il y a des règles de droit jurisprudentielles qui, sans être des dispositions impératives générales posées par une seule décision judiciaire, se dégagent d'une jurisprudence fixe ou acquise ⁴.

La combinaison de ces deux théories pourrait inspirer le juge algérien. Entre la lettre de la loi et son esprit, la solution intermédiaire consisterait à adopter le raisonnement par analogie. C'est ce que la cour suprême préconise dans un arrêt du 7 décembre 1973, **CS la chambre administrative 7/12/1973 Ministre des travaux publics C/ Aouissi Messaoud.**

³ F. GENY . Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif.

⁴ J. MAURY. Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit. Mélanges G. Ripert p. 31.

Pour le cas qui nous intéresse, le juge pourrait s'en inspirer . Si la décision administrative n'existe pas, la solution de rechange serait de suggérer à l'intéressé de la provoquer en adressant une réclamation à l'administration compétente, et de prévoir un délai de silence inspiré de l'art. 279 du code de procédure civile, c'est à dire que, si l'administration ne répond pas au bout de trois mois, son silence équivaut à une décision implicite de rejet , pour obliger l'administration à prendre position, se fonder sur les dispositions du décret n° 88-131 du 4 juillet 1988 organisant les rapports entre l'administration et les administrés, et notamment son art. 34 aux termes duquel "il est fait obligation à l'administration de répondre à toutes demandes, lettres ou réclamations qui lui sont adressées par les citoyens". Ainsi que l'art. 4 "L'action de l'autorité administrative doit s'inscrire dans le cadre des lois et règlements en vigueur".

Cette correction ne résout du reste qu'une partie du problème. Car, en entreprenant cette démarche, le requérant incite l'administration à réviser sa position ou, du moins à en adopter une relative à l'objet du litige.

Quel serait donc le rôle de la conciliation ?

Le caractère juridictionnel de cette dernière n'aura pas plus d'effet sur l'administration que la réclamation, rien ne l'oblige à réviser sa position. Il en résulte un allongement de la procédure. Il apparaît que l'idée de cette réforme n'a pas été mûrement réfléchie.

Pour que cette réforme aboutisse il faudrait :

- réserver la décision administrative préalable au recours en annulation;
- permettre la saisine du juge sans préalable administratif dans le plein contentieux;
- redéfinir la fonction de la conciliation ou la supprimer;
- supprimer le recours administratif préalable devant la cour suprême.

Car, si le contentieux administratif dans les Etats contemporains est l'ensemble des recours juridictionnels organisés pour la protection des individus contre les excès de pouvoir de l'administration, il va dans le sens de la protection des libertés publiques des citoyens et à cet égard les perfectionnements qui sont apportés, expriment une conception libérale de la société politique.

Si les régimes soucieux de préserver les libertés publiques des citoyens sont généralement conduits à développer les institutions du contentieux administratif, d'autres régimes d'inspiration autoritaire peuvent être amenés, pour des raisons différentes à poursuivre le même objectif.

Dans ces derniers, il peut être jugé nécessaire d'établir un contrôle juridictionnel destiné à réprimer les irrégularités administratives, en vue de faire accepter plus facilement par les citoyens les restrictions apportées à leurs droits politiques.

Pour éviter cette dérive, il serait souhaitable que la procédure administrative contentieuse fût révisée de façon à permettre au citoyen d'accéder plus facilement au prétoire, en permettant un contrôle sérieux de la régularité de l'action administrative.