

N°426472 (avis)  
Consorts R...

Section du contentieux  
Séance du 15 mars 2019  
Lecture du 27 mars 2019

Avis à publier au recueil Lebon

## CONCLUSIONS

M. Nicolas Polge, rapporteur public

**La règle de la décision préalable exerce sur le contentieux administratif une pression puissamment structurante.**

### **1. Cette règle n'a pourtant pas toujours existé, et elle n'a jamais ignoré les exceptions.**

Elle n'existait pas devant les conseils de préfecture, sauf texte spécial. Elle ne valait donc pas de manière générale pour le contentieux attribué à ces derniers en premier ressort, lequel résidait principalement, depuis la loi du 28 pluviôse an VIII *concernant la division du territoire français et l'administration*, dans divers contentieux rattachables à la matière des travaux publics. Elle était apparue devant le conseil d'Etat au XIX<sup>ème</sup> siècle de manière prétorienne<sup>1</sup> comme une règle de procédure propre à celui-ci, non sans lien avec le système de la justice retenue<sup>2</sup> puis la théorie du ministre-juge<sup>3</sup>, et elle avait failli disparaître sous les critiques de la doctrine, avant que la généralisation, par la loi du 17 juillet 1900<sup>4</sup>, du mécanisme de la décision de rejet implicite<sup>5</sup> ne la sauve.

Ses avantages<sup>6</sup> ont d'abord conduit le pouvoir réglementaire, par l'article 1<sup>er</sup> du décret n°53-934 du 30 septembre 1953 *portant réforme du contentieux administratif*, à l'étendre aux

---

<sup>1</sup> La décision du 1<sup>er</sup> février 1928, *Olivé*, p. 158, la déduit du décret du 22 juillet 1806 *contenant règlement sur les affaires contentieuses portées au Conseil d'Etat*. Mais si celui-ci fixe à trois mois le délai de « recours au Conseil contre la décision d'une autorité qui y ressortit » (art. 11), il n'impose pas expressément que tout recours ne puisse être dirigé que contre une décision.

<sup>2</sup> Auquel mit fin la loi du 24 mai 1872 *portant réorganisation du Conseil d'Etat*

<sup>3</sup> Abandonnée par la décision du 13 décembre 1889, *Cadot*, p. 1148 & GAJA

<sup>4</sup> Loi du 17 juillet 1900 *portant modification de la loi du 25 octobre 1888 relative à la création d'une section temporaire du contentieux au conseil d'Etat*

<sup>5</sup> D'abord institué par le décret du 2 novembre 1864 *relatif à la procédure devant le conseil d'Etat en matière contentieuse et aux règles à suivre par les ministres dans les affaires contentieuses* à propos du silence gardé par les ministres sur les recours hiérarchiques dont ils étaient saisis

<sup>6</sup> Lire deux autorités classiques :

- R. ODENT, *Contentieux administratif*, Dalloz, 2007, t. 1, p. 761 : « Elle protège l'administration qui ne peut être traduite en justice avant d'avoir pris elle-même position sur la question litigieuse ; elle protège les justiciables en les empêchant de former des pourvois superflus, qui discuteraient de questions ne se posant pas ou de points sur lesquels l'autorité administrative est disposée à leur donner satisfaction ; elle facilite enfin la tâche du juge puisque, en raison de l'obligation où se trouve le requérant d'attaquer une décision, le débat contentieux est limité

tribunaux administratifs qui succédaient aux conseils de préfecture, tout en maintenant une exception pour la matière des travaux publics, exception entendue largement encore par votre décision de section de la Saint-Nicolas 2013 à mes conclusions (Sect. 6 décembre 2013, *commune d'Etampes*, n°344062, p. 304), qui portait déjà, comme la demande d'avis de ce jour, sur l'interprétation de l'article R. 421-1 du code de justice administrative, mais du point de vue des délais de recours à l'époque.

Jusqu'à l'intervention du décret n°2016-1480 du 2 novembre 2016 *portant modification du code de justice administrative*, dit « décret JADE », pour « justice administrative de demain », cette règle était exprimée à cet article R. 421-1 dans les termes suivants : « *Sauf en matière de travaux publics, la juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée* ». Cette phrase s'était transmise de texte en texte depuis le décret du 30 septembre 1953 dans des termes inchangés, sinon pour adapter son champ d'application organique, selon qu'il s'agissait de l'énoncer soit pour les seuls tribunaux administratifs, soit pour l'ensemble de la juridiction administrative.

Elle demeure formulée dans ces mêmes termes à l'article 1er du décret n°65-29 du 11 janvier 1965 *relatif aux délais de recours contentieux en matière administrative*, toujours en vigueur, applicable à l'ensemble de la juridiction administrative (sauf disposition plus particulière), et qui n'a pas été modifié par le décret du 2 novembre 2016.

## **2. Mais la jurisprudence n'a depuis longtemps fait de cette règle de recevabilité des recours contentieux qu'une interprétation des plus libérales.**

Ainsi que le rappelait notamment Xavier POTTIER dans son commentaire paru à l'AJDA 2008 (« L'acceptation de l'instance par l'administration : un Lazare doctrinal définitivement mort », p. 1696), votre « mansuétude » à l'égard des requérants, selon l'expression d'Isabelle de Silva dans ses conclusions sur la décision du 25 avril 2003, *Société anonyme clinique Les Châtaigniers*, n°238683, T. 899, se manifeste principalement de deux manières (cf. J.-F. ROULOT, « La règle de la décision préalable, les possibilités de régularisation », Dr. adm., mai 1999. 6).

En premier lieu, le contentieux peut se trouver lié par les observations en défense déniaient le bien-fondé des prétentions du requérant. Ce mode de liaison du contentieux est admis depuis au moins une décision du 12 février 1870, *Dame de Panat*, p. 87<sup>7</sup>, et vaut pour tous les contentieux (25 mars 1936, *Toussaint*, p. 376), ces observations étant alors assimilées à une décision (3 févr. 1899, *Beaudoin*, p. 91 ; 1<sup>er</sup> juin 1984, *commune de Vieux-Boucau*, n°26989, p. 195). Sont regardées comme liant le contentieux même des observations par lesquelles

---

au contenu de cette décision qui précise le litige et en détermine l'étendue.»

- R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13<sup>ème</sup> éd, 2008, n°631 : « D'une part, elle impose aux intéressés de donner à l'administration (dans des cas où, par hypothèse, elle n'a pas encore pris position et où, par conséquent, il peut être particulièrement utile de la saisir) la possibilité de leur accorder ce qu'ils demandent, ce qui évitera le procès ; c'est dire qu'elle joue, dans ces cas, le rôle d'un préliminaire de conciliation. D'autre part, en cas de recours au juge, le litige se trouve concrétisé et délimité par ce qui a été demandé et cela est de nature à faciliter la tâche du juge. »

<sup>7</sup> Dans cette affaire, l'argumentation de la requérante, selon laquelle le silence gardé par le ministre sur sa demande indemnitaire, pendant plus d'un an, devait être interprété comme une décision de refus préfigure également l'autre branche de la jurisprudence.

l'administration se borne à exciper de l'incompétence de la juridiction saisie (12 novembre 1947, *Epoux Méry*, T. 667) ou à s'en remettre à la sagesse du juge (Section, 29 novembre 1974, *Epoux G...*, n° 89756, p. 600, impl., avec les concl. Bertrand). Le contentieux n'est pas lié, en revanche, si l'administration s'abstient de conclure ou si elle conclut à titre principal à l'irrecevabilité de la requête, même pour un motif autre que l'absence de décision préalable ou de demande préalable (8 février 1939, *Commune d'Aimargues*, p. 63 ; 21 février 1997, *Q...*, n°86678, p. 57).

En second lieu, la régularisation des recours prématurés peut être assurée par l'intervention pendant l'instance d'une décision expresse ou implicite portant rejet de la demande formée devant l'administration par l'intéressé. Pour les décisions suscitées par une demande antérieure à l'introduction du recours, ce point est depuis plus de quatre-vingts ans (Sect. 22 juillet 1938, *Lambert*, p. 718) et depuis près de cinquante ans pour les décisions nées d'une demande postérieures à l'introduction de la requête (8 juill. 1970, *A...*, n° 72891 p. 470).

**Vous avez lumineusement synthétisé le dernier état de la jurisprudence par votre décision du 11 avril 2008, *Etablissement français du sang*, n°281374, p. 168**, par laquelle vous avez énoncé *« qu'aucune fin de non-recevoir tirée du défaut de décision préalable ne peut être opposée à un requérant ayant introduit devant le juge administratif un contentieux indemnitaire à une date où il n'avait présenté aucune demande en ce sens devant l'administration lorsqu'il a formé, postérieurement à l'introduction de son recours juridictionnel, une demande auprès de l'administration sur laquelle le silence gardé par celle-ci a fait naître une décision implicite de rejet avant que le juge de première instance ne statue, et ce quelles que soient les conclusions du mémoire en défense de l'administration ; que lorsque ce mémoire en défense conclut à titre principal, à l'irrecevabilité faute de décision préalable et, à titre subsidiaire seulement, au rejet au fond, ces conclusions font seulement obstacle à ce que le contentieux soit lié par ce mémoire lui-même. »*

Ainsi que l'écrit notre collègue : *« cette décision (...) a l'immense mérite d'énoncer une règle claire et simple dans un domaine, la procédure, où la complexité devrait être réduite au minimum, ou, tout au moins, strictement proportionnée à la complexité des situations juridiques et aux difficiles conciliations qu'il faut parfois opérer entre des principes opposés »*.

La longue maturation de la jurisprudence l'avait donc épurée, clarifiée, simplifiée et stabilisée lorsqu'est intervenu le décret JADE.

**3. Le décret a modifié l'article R. 421-1 du code de justice administrative** (art. 10), sans modifier pour autant le décret du 11 janvier 1965. Les nouvelles dispositions s'appliquent aux requêtes présentées depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017 (art. 35).

D'une part, d'abord, le décret a supprimé les mots : *« sauf en matière de travaux publics »*. La règle plus que biséculaire propre à cette matière disparaît donc, d'un trait de plume aussi modeste dans sa forme que spectaculaire dans sa portée.

D'autre part, le décret a complété l'article d'un second alinéa ainsi rédigé :

« Lorsque la requête tend au paiement d'une somme d'argent, elle n'est recevable qu'après l'intervention de la décision prise par l'administration sur une demande préalablement formée devant elle. »

**Ces nouvelles dispositions posent, au regard de la jurisprudence antérieure, une question d'interprétation** dont la difficulté et la fréquence justifient pleinement la demande d'avis que vous a adressée le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne et dont le rapporteur vient de donner lecture.

Certes, la nouvelle rédaction de l'article paraît emporter au moins nécessairement l'abandon de l'une des deux branches de cette jurisprudence : en exigeant expressément une demande formée devant l'administration, ces nouvelles dispositions empêchent la liaison du contentieux par la seule défense à une requête contentieuse, c'est-à-dire à une demande présentée devant le juge et non devant l'administration.

En revanche, comme elles ne comportent aucune précision claire sur la chronologie de la requête et de la demande amiable, leur lettre laisse en réalité ouverte la question de l'actualité de l'autre branche de la jurisprudence : le mot « après » n'impose pas à lui seul de comprendre que la requête doit être *présentée* après la décision de l'administration ; il n'exclut pas que la requête *devienne* recevable en cours d'instance, *après* l'intervention de cette décision.

Et les indications particulièrement vagues de la notice du décret ne sont d'aucun secours sur cette question de chronologie.

La publication du décret a suscité un communiqué de presse du conseil d'Etat qui en donne quant à lui une lecture plus claire, en affirmant :

« L'obligation de liaison préalable du contentieux, qui impose au requérant d'avoir fait naître une décision de rejet de l'administration avant de saisir le juge, est étendue de deux façons :

« - d'une part, la dispense historique de liaison du contentieux qui existait pour les litiges de travaux publics est supprimée ;

« - d'autre part, dans les litiges indemnitaires, le juge ne pourra désormais être saisi que si une décision de rejet par l'administration est préalablement intervenue (alors qu'actuellement la jurisprudence admet que la demande puisse être faite après l'introduction du recours contentieux). »

Tout en n'étant pas exempt de toute trace d'approximation quant à la distinction entre l'exigence d'une *décision* préalable et celle d'une *demande* préalable, le sens global de ce passage du communiqué est bien qu'une requête n'est recevable que si elle a été présentée après l'intervention d'une décision de l'administration.

Et il y a un certain bon sens, lorsqu'on subit un dommage engageant la responsabilité de l'administration, à n'en saisir le juge que si l'administration a déjà manifesté refus ou retard à le reconnaître et à en assumer les conséquences.

Mais pour graver clairement cette règle sans ambiguïté dans le marbre du code de justice administrative, sensiblement attendri par les retouches répétées de la décennie écoulée, il aurait suffi d'écrire que « *la requête (...) n'est recevable que si elle a été présentée après l'intervention de la décision prise par l'administration sur une demande préalablement formée devant elle* ».

L'ellipse par laquelle reste tu, au contraire, l'ordre chronologique souhaité entre la requête et la décision de l'administration rend la rédaction adoptée compatible avec l'état actuel de la jurisprudence sur cette question. L'emploi du mot de « requête » dans ce nouvel alinéa ne suffit pas plus à disqualifier celle-ci que l'emploi du verbe « saisir » au premier alinéa ne l'avait jusqu'ici empêchée de prospérer. La nouvelle rédaction ne renverse pas expressément l'antique jurisprudence selon laquelle la liaison du contentieux s'apprécie à la date à laquelle le juge statue, et non à la date de l'introduction de la requête.

Certes, la nouvelle rédaction est également compatible avec la lecture proposée par le communiqué. C'est ce qui explique que les commentaires autorisés ou savants y aient vu un abandon complet de la jurisprudence *Etablissement français du sang*. C'est ce qui explique aussi que les tribunaux administratifs aient trouvé à l'appliquer dans le sens indiqué par le communiqué dans de nombreuses affaires déjà.

Et c'est ce qui vous autoriserait à consacrer cet abandon de la deuxième branche de la jurisprudence, outre celui de la première, qui paraît s'imposer en tout état de cause.

Vous pourriez ne consacrer qu'un abandon partiel de cette deuxième branche, si vous estimiez que la notion de « demande préalablement formée devant l'administration », si elle n'exclut pas la régularisation de toute requête prématurée, exige à tout le moins que la demande sur laquelle statue l'administration soit préalable à la saisine du juge. Il faudrait pour cela donner une utilité à l'adverbe « préalablement », malgré la construction de la phrase qui, en toute rigueur, l'en prive. La syntaxe suggère en principe de rapporter cet adverbe, qui caractérise la demande, au terme précédent le plus proche, à savoir la décision prise par l'administration. La construction de la phrase en induit donc une lecture tautologique : la demande est nécessairement préalable à la décision prise sur cette demande. Pour briser la tautologie, il faudrait faire remonter la portée de l'adverbe au tout premier terme de la phrase, la requête.

Cette lecture tierce correspondrait sinon à l'intention, ce n'est pas clair, du moins à la lettre de la proposition contenue dans le rapport du groupe de travail qui a livré en novembre 2015 ses « réflexions sur la justice administrative de demain », rapport qui a inspiré le décret et qui propose de ne plus permettre « la régularisation, en cours d'instance, de l'absence de *saisine* préalable de l'administration », et non, à s'en tenir à ces quelques mots, de l'absence de *décision* préalable.

**4. Mais cette lecture tierce, intermédiaire, ne vous dispenserait pas**, en tout état de cause, par rapport à celle que suggère le communiqué, **de devoir vous interroger sur les aménagements nécessités par le renversement total ou partiel de la jurisprudence** afin d'éviter que le nouveau système ne porte dans certaines situations une atteinte excessive au droit au recours.

Le tribunal administratif a perçu l'un des aménagements possibles, en vous demandant comment dans ce cas traiter les conclusions additionnelles par lesquelles le requérant

réitérerait, après l'intervention de la décision de l'administration, la demande déjà contenue dans la requête présentée prématurément, avant cette décision.

Une première possibilité consisterait à admettre la recevabilité de conclusions analogues aux conclusions initiales, présentées en cours d'instance après l'intervention d'une décision administrative, à la manière dont, dans le contentieux de l'aide sociale, soumis à recours administratif préalable obligatoire, vous admettez, dans le cas où le requérant introduit un recours contentieux, puis le recours administratif prescrit, la recevabilité des conclusions nouvelles dirigées contre la décision rendue sur recours administratif obligatoire (4 novembre 2015, *B...*, n°384241, T. 554, 791)

La variante expressément envisagée par le tribunal administratif consisterait à regarder ces conclusions additionnelles comme une nouvelle requête, à traiter comme telle et susceptible d'être regardée comme recevable sans pour autant régulariser la requête initiale. Ce serait une solution inédite. Jusqu'à présent, lorsque des conclusions additionnelles n'ont pu être regardées comme pouvant être traitées avec la requête initiale, notamment lorsqu'elles ne présentent pas de lien suffisant avec elle, le juge n'a pas été conduit à les requalifier d'office en requête distincte, mais seulement à inviter leur auteur à régulariser son action en présentant une telle requête (Section, 30 mars 1973, *D...*, n°80717, p. 265 ; 10 février 1978, *G...*, n°06969, T. 722, 726, 905, 910, 918).

Une troisième possibilité consisterait, sans que les conclusions additionnelles aient pour effet ni de régulariser la requête prématurée ni de saisir *ipso facto* le juge d'une requête distincte, à donner à la requête prématurée un effet interruptif du délai de recours contre la décision administrative née d'une demande parallèle à l'administration, jusqu'à la notification du jugement rejetant la requête prématurée. Donner une portée conservatoire de délai contentieux à un recours contentieux n'est pas conforme aux principes généraux, mais n'est pas non plus inconnu de votre jurisprudence qui comporte sur ce point des exceptions (par. ex. 9 juin 2010, *V...*, n°309145, T. 893 : un recours au fond n'interrompt pas le délai de recours, mais une demande d'expertise en référé a bien cet effet).

**5. Nous voici donc en présence d'une disposition** (pourtant munie de l'avis d'une commission spéciale du conseil d'Etat<sup>8</sup>) **dont le sens précis ne s'explique pas de lui-même**, qui ne traduit de manière assurée ni la proposition émise par le groupe de travail qui l'a inspirée, ni l'intention affichée par un communiqué du conseil d'Etat au moment de sa publication, **qui n'a visiblement pas été comprise immédiatement par tous**, même avec le conseil d'auxiliaires de justice, **comme rendant entièrement caduque la jurisprudence antérieure**, comme le montrent les cas d'application déjà rencontrés par les tribunaux administratifs, et qui appellerait de nouveaux raffinements pour en compenser certains effets parfois excessifs.

Le cas d'espèce montre que la disposition peut surprendre des requérants engagés dans un litige aux lourds enjeux financiers – à tout le moins à l'aune de leurs demandes - né de circonstances douloureuses. Il s'agit ici des suites d'une infection néo-natale qui n'a pas eu des conséquences aussi tragiques que dans d'autres cas mais à laquelle sont imputées de graves séquelles aux deux membres inférieurs de la victime, née en 1970. Certes, la perte de toute perspective d'accéder à un juge ne pourrait résulter que de la combinaison d'une

---

<sup>8</sup> Constituée en application du deuxième alinéa de l'article R. 123-10 du code de justice administrative

nouvelle règle de recevabilité avec d'autres erreurs ou imprudences de procédure précontentieuse et contentieuse, mais il faut bien reconnaître que c'est bien à une modification insuffisamment explicite des textes en vigueur que serait imputable l'erreur commise en présentant une requête prématurée, erreur qui se surajouterait aux autres.

En outre, la nouvelle disposition, édictée pour un champ d'application doublement restreint par rapport aux dispositions antérieures, restreint à la juridiction ordinaire, d'une part, à l'exclusion des juridictions administratives spécialisées, et au contentieux à objet pécuniaire, d'autre part, si elle était interprétée dans le sens indiqué par le communiqué, briserait l'unité et la simplicité de la jurisprudence.

Enfin, on peine à discerner l'utilité réelle d'un effort d'interprétation de votre part dans le sens d'une restriction ou tout au moins d'un ralentissement de l'accès au prétoire.

Les avantages généraux de la règle de la décision préalable se réduisent, en matière pécuniaire, et plus spécialement encore en matière indemnitaire, à ménager la possibilité d'une phase de conciliation purement amiable. Outre que le temps minimal réservé à ce dialogue est réduit à deux mois aujourd'hui, au lieu de quatre, depuis la réduction du délai au terme duquel même le silence de l'administration vaut décision<sup>9</sup>, l'expérience montre en réalité que les seuls recours préalables qui désamorcent efficacement le contentieux sont ceux qui sont confiés à une instance médiatrice tierce, dont c'est la mission – par exemple, chacune dans son domaine de compétence propre, la commission d'accès aux documents administratifs (CADA)<sup>10</sup> et la commission des recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France<sup>11</sup>, obligatoirement saisies à titre précontentieux, ou les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation instituées par le code de la santé publique, saisies à titre facultatif<sup>12</sup>. En matière indemnitaire, beaucoup d'administrations sont dissuadées de tout effort personnel sérieux de conciliation par l'absence de moyens à consacrer à cette tâche comme par la crainte d'être prises à payer des sommes qu'en réalité l'administration ne doit pas. La circonstance qu'une phase contentieuse soit déjà engagée n'affecte leur comportement qu'à la marge.

Et paradoxalement, l'interdiction de saisir le juge tant qu'une décision de l'administration n'est pas née risque, au moins dans une période transitoire indispensable à l'assimilation de la règle nouvelle, de multiplier devant lui les doublons, une requête prématurée devant ensuite être doublée d'une requête qui aura suivi les bons préalables.

Mais la considération qui paraît devoir guider de manière déterminante l'interprétation que vous donnerez des nouvelles dispositions de l'article R. 421-1 du code de justice administrative tient à **la limpidité qu'une garantie effective du droit au recours exige de toute règle de recevabilité**, laquelle doit être, à défaut, en cas de doute, interprétée dans le sens le plus ouvert au prétoire. Vous avez illustré une fois de plus cette ligne d'interprétation par votre récente décision de section du 5 octobre 2018, *S... et autres*, n°418233, en donnant à une autre disposition du code de justice administrative<sup>13</sup>, relative à la présentation des pièces

---

<sup>9</sup> art. 21 et 22 de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 *relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*

<sup>10</sup> Art. L. 341-2 du code des relations entre le public et l'administration

<sup>11</sup> Art. D. 211-5 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

<sup>12</sup> Art. L. 1142-5 et L. 1142-7

<sup>13</sup> Art. R. 414-3

jointes aux requêtes déposées par voie électronique, une souplesse d'application que la lettre du texte ne laissait pas spontanément prévoir.

De manière plus générale, **une jurisprudence bien établie ne devrait pouvoir être renversée que par des dispositions contraires dépourvues d'ambiguïté.**

C'est pourquoi je vous recommande, plutôt que de paraître vendre les droits des requérants pour un plat de lentilles, de répondre à la demande d'avis, à propos des requêtes tendant au versement d'une somme d'argent, et conformément à une certaine « herméneutique de la continuité » :

- que la condition de recevabilité de la requête tenant à l'existence d'une décision de l'administration doit être regardée comme remplie si, à la date à laquelle le juge statue, l'administration a pris une décision sur une demande formée devant elle (que cette demande ait été présentée avant ou après l'introduction de la requête) ;
- que l'intervention d'une telle décision en cours d'instance régularise la requête, sans qu'il soit nécessaire que le requérant confirme ses conclusions
- et ce alors même que l'administration aurait auparavant opposé une fin de non recevoir fondée sur l'absence de décision ;
- qu'en revanche, en l'absence d'une décision de l'administration rejetant une demande formée devant elle par le requérant ou pour son compte, la requête est irrecevable et peut être rejetée pour ce motif même si, dans son mémoire en défense, l'administration s'est abstenue d'opposer une fin de non recevoir et s'est bornée à soutenir que les conclusions du requérant n'étaient pas fondées.

Cette interprétation donnera un effet utile au décret, en conservant une part de celui que recherchaient ses auteurs, sans risquer aucune atteinte au droit au recours ni mettre en cause aucun objectif de politique publique. Elle exige du conseil d'Etat une part d'humilité, mais c'est celle qui sied à son office et au véritable service de l'intérêt général.

Tel est le sens de mes conclusions.