

N° 445 956
M. S...

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 10 février 2021
Lecture du 4 mars 2021

Conclusions

M. Marc Pichon de Vendeuil, rapporteur public

1. Les dysfonctionnements du logiciel « Louvois », utilisé par le ministère de la défense jusqu'en 2013 pour rémunérer ses personnels, sont une source inépuisable de contentieux en raison des centaines de milliers de moins-versés ou trop-perçus auxquels il a donné lieu. Bien que cela ne soit en rien une consolation pour ses dizaines de milliers de victimes, il aura eu le mérite, pour le juriste, de vous permettre de préciser d'utiles points de droit¹.

Cela va encore être le cas à travers la demande d'avis que vous adresse la CAA de Versailles sur le fondement de l'article L. 113-1 du CJA, qui porte sur le **délai de recours applicable aux recours de plein contentieux formés après une saisine de la commission de recours des militaires n'ayant donné lieu à aucune décision expresse**.

2. En raison du contexte de l'affaire, nous ne doutons pas que la **triple condition de nouveauté de la question, de difficulté sérieuse et de fréquence des litiges**, prévue par l'article L. 113-1 pour apprécier la recevabilité de la demande d'avis, est ici pleinement remplie d'autant que, comme nous allons le voir, la question, qui exige de se pencher sur les effets du décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016 dit « JADE »², intéresse plus généralement le point de départ du délai de recours contre toutes décisions implicites en matière de plein contentieux et est donc susceptible de se poser non seulement dans les litiges « Louvois » mais dans bien d'autres encore.

3. La demande d'avis se dédouble en **deux questions consécutives**.

3.1. La première question est de savoir si un délai de recours est susceptible de courir lorsque la saisine de la commission des recours des militaires n'a été suivie d'aucune décision expresse en matière de plein contentieux ?

¹ Cf., sur la prescription des créances publiques : CE 31 mars 2017, *Mmes Dittoo et Holterbosch*, n° 405797, A ; ou sur la procédure de recouvrement d'une retenue sur solde : CE 25 juin 2018, *M. Gallet*, n° 419227, A

² Pour « Justice administrative de demain » même si tel n'est pas son nom officiel

Elle se pose à la cour qui est saisie de conclusions indemnitaires formées par le major S... en vue d'obtenir réparation de ses préjudices financier et moral du fait d'erreurs dans l'établissement de sa rémunération. Il s'agit donc bien d'un recours de plein contentieux. Le requérant avait préalablement saisi de sa réclamation la commission des recours des militaires mais n'a jamais obtenu de réponse expresse.

3.1.1. Vous savez que, pour donner corps à la règle de la décision préalable, l'article R. 421-2 du CJA prévoit que lorsque le silence gardé sur une demande vaut décision de rejet, l'intéressé dispose, pour former un recours, d'un délai de deux mois à compter de la date à laquelle est née la décision implicite de rejet.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'article 10 du décret « JADE », l'article R. 421-3 du même code prévoyait cependant **trois exceptions au régime du déclenchement du délai de recours en cas de rejet implicite** prévu par l'article R. 421-2.

Pour ce qui est des deux exceptions qui nous intéressent aujourd'hui, seule la notification d'une décision expresse de rejet était susceptible de faire courir les délais de recours, d'une part « *en matière de plein contentieux* » (1° de l'ancien art. R. 421-3) et, d'autre part, « *dans le contentieux de l'excès de pouvoir, si la mesure sollicitée ne peut être prise que par décision ou sur avis des assemblées locales ou de tous autres organismes collégiaux* » (ancien 2° de l'art. R. 421-3).

Le décret « JADE » a supprimé la première exception et maintenu les suivantes.

En un trait de plume, les décisions implicites susceptibles de recours de plein contentieux sont donc rentrées dans le droit commun qui était auparavant celui des décisions implicites susceptibles de recours pour excès de pouvoir.

Mais le décret de 2016 n'a en revanche pas modifié le champ d'application de la deuxième exception, relative aux décisions prises par ou sur avis des assemblées locales ou de tous autres organismes collégiaux, qui ne concerne, selon ses propres termes demeurés inchangés (seule sa numérotation a été modifiée), que « le contentieux de l'excès de pouvoir ».

Il en résulte mécaniquement que le régime applicable à la contestation des décisions implicites de rejet rendues en matière de plein contentieux est désormais plus strict qu'en excès de pouvoir : dans tous les cas, le délai de recours contre ce type de décision ne sera ouvert que pendant 2 mois à compter de la date de la décision implicite de rejet.

3.1.2. Or, s'agissant plus spécialement de l'articulation de ces dispositions du CJA avec celles des articles R. 4125-1 et R. 4125-10 du code de la défense, qui régissent les recours préalables obligatoires devant la commission de recours des militaires, vous avez d'ores et déjà jugé deux points dans votre décision CE 22 mai 2019, *Ministre des armées c. M...*, n° 423273, aux Tables :

- d'une part, que la commission doit être qualifiée, compte tenu notamment de sa composition et de son fonctionnement, d'organisme collégial au sens et pour l'application des dispositions de l'article R. 421-3 du CJA³ ;

- d'autre part, que les articles R. 4125-1 et R. 4125-10, en tant qu'ils se bornent à fixer à quatre mois le délai à l'expiration duquel naît une décision implicite de rejet du RAPO formé par un militaire, n'ont ni pour objet ni pour effet de déroger à l'application des dispositions de l'article R. 421-3 du CJA. Par suite, seule la notification au militaire concerné d'une décision expresse de rejet du RAPO est susceptible de faire courir le délai de recours contentieux de deux mois prévu à l'article R. 421-2 du CJA.

Cette décision a toutefois été rendue en excès de pouvoir, contentieux pour lequel, comme on vient de le voir, est maintenue l'exception de décision expresse pour faire courir le délai de recours.

Formellement, rien ne s'oppose donc désormais, le décret JADE ayant supprimé cette exception pour le plein contentieux, à ce qu'une décision implicite de rejet de la commission de recours des militaires rendue en cette matière fasse courir le délai de deux mois.

3.2. On comprend toutefois l'interrogation sous-jacente de la cour en lisant les conclusions de Gilles Pellissier sous la décision *M...*, qui pointent que « *la finalité de l'exception à la règle du délai de recours posée au 1° de l'article R. 421-3 ne (...) paraît pas tant de faire connaître à l'administré les motifs d'une décision, qu'il ignore toujours lorsqu'elle est implicite, qu'elle ait été ou pas prise par ou sur avis d'un organisme collégial, que de lui garantir que la décision de rejet qui lui est notifiée a bien été délibérée par l'organisme collégial compétent ou soumise à son avis* ».

Dans cette logique finaliste, nous devons avouer qu'aucune raison ne paraît justifier de réserver désormais cette exception au contentieux de l'excès de pouvoir, les motifs rappelés ci-dessus valant *a priori* quelle que soit la branche du contentieux dont relève le recours... et vous savez au demeurant que la répartition des matières entre les deux branches du contentieux répond elle-même plus souvent à une logique fonctionnelle qu'à la nature intrinsèque de la matière concernée.

Nous en voulons pour preuve que la nouvelle rédaction de l'article R. 421-3 a pour effet de faire sortir du champ de l'exception qu'elle prévoit un grand nombre de décisions relevant du plein contentieux où l'intervention d'un organisme collégial apparaît pourtant comme une garantie pour les administrés : que l'on songe, entre autres exemples, aux demandes d'asile, qui sont portées devant l'OFPRA, ou bien en matière d'aides sociales, aux aides personnalisées au logement pour lesquelles une commission départementale examine les RAPO dirigés contre les décisions de refus, ou encore, en matière d'environnement, à certaines décisions prises

³ Il y a, à cet égard, une erreur de plume dans la décision et le fichage, qui mentionnent le 2°, ce qui correspond à l'ancienne numérotation de l'article R. 421-3.

directement par des organismes collégiaux comme pour l'affectation et délivrance des quotas d'émission des gaz à effet de serre (art. R. 229-27 du code de l'environnement) ou les recours contre les décisions rendues sur demande d'autorisation unique de prélèvement de l'eau, délivrée par un organisme de gestion collective...

Pour vous dire notre sentiment profond, nous pensons que la nouvelle rédaction du 1° de l'article R. 421-3 résulte en réalité davantage d'une scorie, les rédacteurs du décret JADE ayant probablement omis de tirer les conséquences sur cet alinéa renuméroté de la suppression de l'alinéa qui le précédait.

La rédaction de ce qui était le 2° de l'article R. 421-3 ne mentionnait en effet les recours pour excès de pouvoir que parce que le plein contentieux était déjà couvert par l'exception plus générale du 1°.

La suppression de l'exception générale par le décret JADE aurait donc dû s'accompagner d'un élargissement de l'exception de collégialité aux décisions rendues en plein contentieux par ou sur avis des assemblées locales ou de tous autres organismes collégiaux, en supprimant les mots : « *Dans le contentieux de l'excès de pouvoir,* » au nouveau 1° de l'article R. 421-3.

3.3. Vous vous retrouvez donc face à un choix cornélien : devez-vous faire primer la lettre du texte ou bien son esprit ?

Cette problématique ne vous est évidemment pas inconnue et nous observons que, dans la lignée de la jurisprudence *Dame L...*, il n'est pas rare que vous vous reconnaissiez une certaine marge de liberté dans la détermination des règles de procédure contentieuse administrative, qui sont en quelque sorte votre domaine naturel.

Pour en donner une illustration récente, votre décision de Section du 27 mars 2019, *Consorts R...*, n° 426472, A, a réaffirmé la solution jurisprudentielle⁴ selon laquelle le défaut de décision préalable était régularisé en cas d'intervention de la décision en cours d'instance et ce, précisément après l'intervention du décret JADE qui a ajouté un alinéa à l'article R. 421-1 du CJA, que d'aucuns avait lu comme tendant à y faire échec (« *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* »).

Pour notre part, nous croyons toutefois qu'il y a justement ici une différence qui fait obstacle à ce que vous fassiez usage de vos pouvoirs prétoriens en retenant une lecture qui serait manifestement *contra legem*.

Que vous puissiez, lorsque les textes sont peu clairs voire confus ou que leur combinaison puisse donner lieu à interprétations multiples, venir trancher dans le sens qui vous paraît le plus utile voire le plus opportun, nous n'avons rien à y redire. Et il nous semble en

⁴ CE 11 avril 2008, *Etablissement français du sang*, n° 281374, p. 168

réalité que c'est ce que la Section du contentieux a fait dans l'affaire que nous venons de citer, où la rédaction retenue prêtait à interrogation et pouvait donc s'interpréter de différentes manières (voir sur cet aspect le point 5 des conclusions de N. Polge faisant en particulier valoir « qu'une jurisprudence bien établie ne devrait pouvoir être renversée que par des dispositions contraires dépourvues d'ambiguïté »).

En revanche, lorsque le texte est clair, et lors même qu'il ne s'agirait que d'une norme procédurale, il nous semble que vous ne sauriez aller jusqu'à en donner une lecture contraire à son sens évident. *Interpretatio cessat in claris* disaient les Anciens...

Fût-ce à contrecœur, nous pensons que tel est le cas pour le texte devant lequel vous vous trouvez : il y a donc lieu de répondre par l'affirmative à la première question de la cour administrative d'appel de Versailles en indiquant que **le délai de recours de deux mois prévu à l'article R. 421-2 du code de justice administrative est applicable aux recours relevant du plein contentieux, y compris lorsqu'ils sont formés contre une décision implicite prise par ou après avis d'une assemblée locale ou d'un organisme collégial, telle que la commission des recours des militaires.**

Il appartiendra le cas échéant au seul pouvoir réglementaire, s'il le juge utile, d'y remédier, ce qui nous paraît d'autant plus préférable qu'il pourra alors déterminer les modalités d'entrée en vigueur d'une éventuelle nouvelle rédaction, ce qui est plus aisé à faire (et à faire connaître) par la voie d'un texte que par celle d'un simple avis contentieux.

4. Venons-en à la **seconde question**, qui vous retiendra moins longtemps et même pas du tout si vous adoptiez la conception très constructive de l'article R. 421-3.

Mais si vous nous suivez, il vous faut déterminer, s'agissant d'une décision implicite relevant du plein contentieux née antérieurement au 1^{er} janvier 2017, selon quelles modalités le délai de recours a couru.

Aux termes de son article 35, les modifications introduites par le décret JADE sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2017 et la modification de l'article R. 421-3 CJA s'est appliquée aux requêtes enregistrées à compter de cette date.

Par votre avis CE 30 janvier 2019, *F...*, n° 420797, A, ccl. F. Dieu, vous avez estimé que s'agissant des refus implicites nés, comme en l'espèce, avant le 1^{er} janvier 2017 relevant du plein contentieux, le décret n'avait pas fait – et n'aurait pu légalement faire – courir le délai de recours contre ces décisions à compter de la date à laquelle elles sont nées.

Il s'agit là de l'application du principe général du droit selon lequel, en matière de délais de procédure, il ne peut être porté atteinte aux droits acquis par les parties sous l'empire des textes en vigueur à la date à laquelle le délai a commencé à courir (CE 15 janvier 1975, *Sieur H...*, n° 89274, p. 22).

En revanche, vous avez également indiqué que les dispositions du II de l'article 35 du décret, qui prévoient l'application de la nouvelle règle à « toute requête enregistrée à compter » du 1^{er} janvier 2017, ont entendu permettre la suppression immédiate, pour toutes les situations qui n'étaient pas constituées à cette date, de l'exception à la règle de l'article R. 421-1 du code de justice administrative dont bénéficiaient les matières de plein contentieux. En effet, comme le précisait F. Dieu dans ses conclusions, les droits acquis par les parties « *n'ont jamais inclus le droit de contester indéfiniment une décision implicite relevant du plein contentieux. Seul leur était garanti le droit de ne pas se voir opposer de délai de recours, droit qui disparaissait dès lors qu'intervenait une décision expresse régulièrement notifiée* ».

Il nous semble que cet avis engage pleinement la solution à retenir ici : **un délai de recours de deux mois court, à compter du 1^{er} janvier 2017, contre toute décision implicite relevant du plein contentieux qui serait née antérieurement à cette même date**, réserve faite des cas prévus par l'article L. 112-6 du code des relations entre le public et l'administration (qui ne sont cependant pas applicables en l'espèce, où sont en cause les relations entre l'administration et un agent).

Tel est le sens de nos conclusions.