
Note de jurisprudence

PRINCIPE DE NON-RÉTROACTIVITÉ DES ACTES ADMINISTRATIFS ET MESURES FAVORABLES OU DÉFAVORABLES

Note sous T.A., Rabat, 17 juin 2008, *El Asfar*

Mohammed Amine BENABDALLAH (*)
*Professeur à l'Université Mohammed V
Rabat-Souissi*

Le principe de non-rétroactivité des actes administratifs demeure et demeurera toujours d'actualité tant que l'administration n'est pas souvent très regardante sur son respect. Quelquefois, elle a tendance à appliquer des mesures nouvelles sans se soucier des droits acquis des administrés. C'est ce qui justifie leurs recours au juge administratif pour recouvrer leurs droits et éviter l'application d'une réglementation dont ils n'avaient aucune connaissance alors qu'ils avaient entamé une procédure ou un cursus régi par une autre réglementation qui leur était favorable. Les faits du jugement *El Asfar* en constituent une parfaite illustration.

Ayant réussi le concours de l'Ecole Nationale d'Administration le 16 décembre 2005, le requérant se voit appliquer les dispositions d'un décret publié le 2 décembre 2005 alors qu'à la date où il avait subi ce concours, c'était le décret du 16 décembre 1957 qui était en vigueur et qui lui était plus avantageux au plan de la rémunération accordées aux fonctionnaires en cours de perfectionnement. Contre cette mesure le privant d'indemnités qui lui sont dues, il intente un recours pour excès de pouvoir et, à juste titre, suivant en cela la jurisprudence de la Cour suprême (C.S.A., 28 mai 1959, *Darchérif*, R. p. 50 ; C.S.A., 18 février 1963, *Wall*, R. p. 126 ; C.S.A., 9 mars 1964, *Kanouni*, R. p. 196), et la même semaine que la Cour suprême (C.S.A., 25 juin 2008, *Agent judiciaire du Royaume c/Ben Chaâbane*, cette *Revue* n° 86, 2009, p. 103), le Tribunal administratif de Rabat lui donne raison en soutenant que c'était l'ancien texte qui devait lui être appliqué et non le nouveau qui l'a abrogé.

C'est toute la problématique de la non-rétroactivité des actes administratifs qui est posée; elle invite à s'interroger quand une mesure peut s'appliquer dans le passé et quand peut-elle ne s'appliquer que pour l'avenir.

Bien que dans une note précédente (Cette *Revue* n° 86, 2009, p. 97), nous ayons déjà traité de la question en insistant sur le fait que le principe de non-rétroactivité peut connaître des

* <http://aminebenabdallah.hautetfort.com>

exceptions, nous pensons qu'il serait nécessaire d'y réfléchir davantage en mettant en relief le critère à prendre en compte pour l'application rétroactive d'une mesure.

*

* *

En fait, dans le cas qui nous retient, le problème de la non-rétroactivité n'aurait jamais dû se poser. Il est réglé par le texte lui-même, mais dont l'administration a fait une lecture pour le moins tendancieuse.

Il est vrai que l'article 14 du décret du 2 décembre 2005 prévoit bien qu'à compter de sa publication, il abroge celui du 16 décembre 1957, mais il ajoute en son dernier alinéa que ceux qui, à la date de son effet, suivent des sessions de formation ou des cours de perfectionnement, demeurent, jusqu'au terme de ces sessions ou ces cours, régis par les dispositions du décret du 16 décembre 1957. C'est dire que dans le décret, on a pris conscience que le nouveau régime était moins favorable que celui qui était en cours. En effet, alors que le décret de 1957 accordait l'indemnité sans considération de la durée de la formation ou du perfectionnement, celui de 2005 a assujéti les indemnités liées à l'exercice des fonctions supérieures, au cas où la durée serait égale ou inférieure à trois mois ; et, pour les fonctionnaires suivant la formation à l'extérieur de la ville, lieu de leur travail, il a conditionné l'indemnité journalière couvrant le transport, la nourriture et l'hébergement, lorsqu'ils ne leur sont pas assurés gratuitement, par le cas où la durée de la formation ne dépasserait pas six mois. En d'autres termes, toute indemnité est devenue tributaire la durée de la formation. Désormais, tout fonctionnaire devant suivre une formation égale ou inférieure à trois mois pourra bénéficier de l'indemnité liée à l'exercice de sa fonction ainsi que de l'indemnité journalière s'il en remplit les conditions, mais si la durée de la formation est supérieure à six mois, il ne s'en verra accorder aucune ! La mesure est négative par rapport au passé !

De toute évidence, à partir de l'entrée en vigueur du nouveau décret et sous réserve de la phase transitoire prévue en son article 14, tout fonctionnaire ou agent de l'Etat désirent suivre une formation continue en dehors de la ville lieu de son travail, sait à l'avance qu'il ne percevra d'indemnités que dans le cas où la durée de cette formation ne dépasserait pas six mois. Mais pour ceux qui sont déjà en place, l'entrée en vigueur du nouveau décret constitue pour le moins une surprise fort désagréable, si ce n'est une farce de mauvais goût, dans la mesure où ils se verront privés d'une indemnité à laquelle ils avaient droit au moment de leur postulation à la formation, alors que s'ils le savaient ils n'auraient sans doute pas postulé. C'est, nous semble-t-il, toute la question de la non-rétroactivité des actes administratifs. Quand est-ce qu'une mesure nouvellement édictée peut-elle s'appliquer pour le passé ?

*

* *

Pour y répondre, il convient de s'interroger sur la raison qui est à la base du principe de non-rétroactivité. C'est à partir de son existence en tant que principe général du droit que l'on peut saisir les exceptions de son application.

Quelle qu'elle soit, une norme a pour effet juridique de régir une situation donnée et à un moment bien précis, celui où elle intervient. De ce fait, pour être opposable à ses destinataires, il est impératif qu'elle soit portée à leur connaissance afin qu'ils puissent agir en conséquence, surtout si, au cas où ils y contreviendraient, ils seraient passibles d'une sanction. On ne saurait répondre d'un acte qui au moment où on l'a commis ne constituait pas une infraction à la législation ou la réglementation. C'est le principe très connu des infractions et des peines qui leur sont applicables ; une infraction n'existe que si elle déterminée par une loi et tant qu'elle ne l'est pas, son auteur, si tant est que l'on puisse le nommer ainsi, n'a rien commis de répréhensible. A titre d'exemple, le port de la ceinture de sécurité n'est devenu obligatoire sous peine de sanction qu'à partir de la publication du décret l'instituant. Il en est de même de l'interdiction de l'utilisation du téléphone portable par le conducteur d'un véhicule automobile au moment de la conduite de celui-ci.

On peut dire la même chose de l'intéressé bénéficiant d'un certain nombre de droits acquis à la faveur d'un texte qui les lui accordait au moment où il s'est engagé dans une situation qui en était régie. Si un autre texte peut, sans crier gare, l'en priver à tout moment en faisant table rase de ce qui existait, le principe de la sécurité juridique s'en ressentirait et serait fortement bousculé. Ce serait un peu, pardon pour la banalité de l'exemple, la situation caricaturale d'un automobiliste qui s'engagerait dans une autoroute sur la base d'un tarif affiché à son entrée et qui en franchissant les dernières encablures se verrait devoir s'acquitter d'un tarif supérieur. Si le tarif doit changer, c'est pour ceux qui ne se sont pas encore engagés. Ils doivent être prévenus à l'avance !

Une image semblable serait celle du client d'un restaurant qui ferait le choix de son menu sur la base de prix affichés et qui, lors du paiement de l'addition, est obligé d'assumer une augmentation intervenue entre le moment où il a passé sa commande et celui où il a fini son repas !

Dans les deux exemples, si la nouvelle mesure intervient non pour créer une situation défavorable, mais favorable à son destinataire, elle serait naturellement acceptée. Autrement dit, si le montant à payer par l'usager de l'autoroute ou le client du restaurant venait à être abaissé, la règle nouvelle ne porterait atteinte à aucun droit acquis et la mesure même rétroactive ne serait aucunement contestée.

Les exemples confirmant cette assertion ne manquent pas !

Le décret du 8 septembre 1993 modifiant et complétant le décret du 9 janvier 1987 relatif aux établissements de formation professionnelle (Bull. Off. n° 4221 du 22 septembre 1993, p. 1820, éd. en langue arabe) prévoit en son article 3 son entrée en vigueur non à partir de sa publication, mais à partir du 25 février 1987 en précisant que tous les diplômes délivrés depuis cette date sont valables au regard des conditions fixées par le nouveau décret. C'est une rétroactivité qui couvre six années passées.

Plus récemment, le décret du 9 juillet 2008 relatif à l'Institut royal de l'administration territoriale (Bull. Off. n° 5664 du 7 août 2008 p. 604, éd. en langue française) prévoit en son article 35 qu'il prend effet à partir du 1^{er} juillet 2007, soit une année avant sa publication.

*

* *

Sur un terrain bien plus sérieux, celui du droit pénal, la portée du principe de non-rétroactivité est bien plus saisissable. Il se fonde sur le principe de la légalité des infractions et des peines connu sous l'adage *nullum crimen, nulla poena sine lege* ; il connaît des exceptions.

En droit marocain, l'article 6 du code pénal énonce que « *lorsque plusieurs lois ont été en vigueur entre le moment où l'infraction a été commise et le jugement définitif, la loi, dont les dispositions sont les moins rigoureuses, doit recevoir application* ». En vertu de cette disposition, la Cour suprême avait considéré dans un arrêt du 1^{er} décembre 1965 que c'était la loi la plus douce qui devait s'appliquer alors que l'infraction avait été commise à un moment où la loi prévoyait une peine plus sévère (Jurisprudence de la Cour suprême, décembre 1968, p. 93). Il est clair que le législateur, conscient de l'importance de l'exception à la règle de non-rétroactivité a opté pour l'application des dispositions les moins sévères. Aurait-il pu valablement dire que les dispositions les plus sévères seraient applicables ?

A voir de plus près, il y a une relation intime entre la règle de la non-rétroactivité et la sanction la plus douce, et une relation tout à fait semblable entre la même règle et la situation la plus favorable du destinataire ou des destinataires d'une mesure nouvelle. La valeur du principe de non-rétroactivité des normes ne réside que dans la protection, la stabilité et la sécurité juridique qu'il institue dans les relations juridiques au sein de toute société. Lorsque la norme est favorable, avantageuse à son destinataire et qu'elle ne remet pas en cause des droits acquis de tierces personnes qui pourraient la contester, sa rétroactivité se trouve justifiée.

Dans notre droit, la non-rétroactivité n'est pas seulement un principe général du droit dont la Cour suprême a eu à connaître alors qu'elle était à l'aube de sa création (Cette *Revue*, n° 86, 2009, p. 98 et 99). En 1962, elle a été érigée en principe constitutionnel et depuis lors, à ce jour, elle a été maintenue dans la révision de 1996. L'article 4 de la Constitution déclare en effet que *la loi ne peut avoir d'effet rétroactif*. C'est dire qu'il s'agit d'un principe constitutionnel en ce qui concerne la loi, mais d'un principe général du droit en ce qui concerne les actes administratifs. Mais faut-il considérer qu'il s'applique de manière absolue sans exception aucune ?

En ce qui concerne les lois, on a vu que c'était la moins sévère et la plus douce qui trouvait application, encore que dans une de ses décisions (Décision n° 467-01 du 31 décembre 2001) le Conseil constitutionnel avait admis l'exception au principe de non-rétroactivité en se fondant sur la notion d'intérêt général. Mais pour ce qui est des règlements, il s'agit de voir sur quelle base une mesure peut produire des effets juridiques dans le passé.

*

* *

Les éléments de réponse se trouvent dans les textes et leur application. Si l'on prend comme exemple le cas qui nous retient, les indemnités des fonctionnaires en cours de perfectionnement, on peut remarquer comme nous l'avons mentionné plus haut que dans l'article 14 du décret de 2005, il est prévu que son application ne concernerait que les fonctionnaires qui ne sont pas en cours de formation ; autrement dit, elle ne concernerait que les nouveaux ; ceux qui, avant d'entamer la formation, seraient au courant de la nouvelle mesure. Bien plus, dans le décret de 1957, portant sur le même objet, le texte nous offre un exemple caractéristique de rétroactivité d'une mesure favorable. Il y était clairement précisé que « *les fonctionnaires, agents et étudiants qui suivaient avant le 1^{er} octobre 1957 un stage ou un cycle d'études comportant un régime de rémunération plus favorable continueront à en bénéficier jusqu'à la fin de leur scolarité* ».

Nous pensons que le mot clé de cette disposition réside dans l'expression « *régime de rémunération le plus favorable* » qui suggère de distinguer entre la rétroactivité positive et la rétroactivité négative.

Car si le même décret avait édicté des mesures positives, avantageuses pour leurs destinataires, il n'aurait aucune peine à s'appliquer rétroactivement. D'une part, il ne toucherait pas à des droits acquis et, d'autre part, nul ne le contesterait. Mais instituant un régime négatif, il ne peut s'appliquer qu'à partir du moment où ceux qui en sont concernés sont prévenus de son existence avant de choisir ou ne pas choisir de tomber sous son empire.

Pour conclure, et à la lumière du jugement *El Asfar* et de la jurisprudence déjà évoquée, on dira que la rétroactivité n'est juridiquement condamnable que lorsque la norme nouvelle constitue une atteinte à une situation favorable ou institue une situation juridique nouvelle que le destinataire, pour qu'elle lui soit opposable, doit connaître en temps utile afin de faire ce qui est attendu de lui : agir ou s'abstenir ! En sens inverse, lorsqu'elle intervient pour modifier un ordonnancement juridique où le sujet se trouverait bénéficiaire d'une situation avantageuse sans que cela ne touche aux droits des tiers, la rétroactivité devient juridiquement incontestable dans la mesure où toute personne qui attaquerait la nouvelle mesure serait déboutée du fait qu'elle n'aurait subi aucun préjudice et, partant, n'aurait aucun droit à faire valoir !

*

* *

T.A., Rabat, 17 juin 2008, *El Asfar*

« (...) »

« *Toutefois, attendu que même si le décret n° 2-05-1366, en date du 2 décembre 2005, publié au bulletin officiel du 12 janvier 2006, a prévu en son article 14, alinéa premier, qu'il*

prend effet à compter du 1^{er} janvier 2006 et abroge à compter de la même date les dispositions du décret n° 2-57-1841, et que le requérant a rejoint l'Ecole à partir du 5 janvier 2006, ceci n'implique pas nécessairement sa soumission aux dispositions du décret n° 2-05-1366 ; et ce pour deux raisons : La première est que son appartenance définitive au cycle de formation a eu lieu depuis le 16 décembre 2005 ce qui le rend concerné par les dispositions du décret n° 2-57-1841 alors en vigueur, et la deuxième est que le dernier alinéa de l'article 14 précité a énoncé expressément que les fonctionnaires qui suivent les sessions de formation à la date de la publication du nouveau décret continuent à bénéficier de l'ancien décret par protection du principe des droits acquis.

(...) »