
Note de jurisprudence

POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE ET MOTIVATION DES ACTES ADMINISTRATIFS

Note sous T.A., Rabat, 5 mai 2015, *Bouchra Ouachhou* (*)

Michel ROUSSET
*Professeur émérite à la Faculté
de droit de Grenoble*

Mohammed Amine BENABDALLAH
*Professeur à la Faculté de droit de
Rabat-Agdal*

La nomination d'un agent public à une fonction de responsabilité tout comme la décision de le relever de ses fonctions est traditionnellement considérée comme faisant partie du pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative responsable du service. C'est à elle qu'il appartient d'apprécier, en fonction des mérites et des capacités des intéressés, de l'intérêt du service et des circonstances, s'il convient de désigner celui-ci plutôt que celui-là. Et il en va de même lorsqu'il s'agit de relever de ses fonctions la personne qui avait été chargée de les exercer à un moment donné.

Dans les deux cas, il va de soi que l'autorité compétente n'a pas l'obligation d'indiquer dans son acte les raisons – les motifs – qui l'ont conduite à prendre la décision de nomination ou celle d'y mettre fin. Le ministre, en tant que chef de son département, répondant politiquement de la gestion de l'ensemble de ses services, doit naturellement se voir reconnaître une certaine marge de liberté dans leur organisation et, par voie de conséquence, dans le redéploiement des responsables et agents qui relèvent de son autorité. Il ne saurait être responsable et être dépourvu de ce pouvoir.

A cet égard, la loi n° 03-01 relative à l'obligation de la motivation des décisions administratives émanant des administrations publiques, des collectivités locales et des établissements publics, promulguée par dahir du 23 juillet 2002 (B.O. 15 août 2002, p. 5030) ne va pas à l'encontre de cette réalité tant il est vrai qu'elle n'exige la motivation que dans un certain nombre de cas qui sont énumérés.

(*) REMALD 2015, n° 125, rubrique en langue arabe, p. 371.

Il doit s'agir de décisions administratives individuelles, de décisions défavorables, c'est-à-dire des décisions qui ont un caractère négatif. L'énumération de la loi comporte six catégories ; il s'agit des décisions :

- liées à l'exercice des libertés publiques ou présentent un caractère de mesures de police administrative,
- qui infligent des sanctions administratives ou disciplinaires,
- qui subordonnent à des conditions restrictives particulières l'octroi d'une autorisation, d'une attestation ou de tout autre document administratif ou imposent des sujétions non prévues par les lois et les règlements,
- qui retirent ou abrogent une décision créatrice de droits,
- qui opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance de droit,
- qui refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions pour l'obtenir.

Cette liste a manifestement un caractère limitatif ; ce qui a permis d'en conclure que le principe de la non motivation des actes administratifs continue d'avoir cours et que l'obligation de motiver ne constitue que des exceptions (Voir les actes de la journée d'études sur L'obligation de motivation des décisions de l'Administration, REMALD, 2003, Thèmes actuels n° 43, notamment, M. El Yaâgoubi, Analyse de la loi marocaine relative à la motivation des décisions administratives, p. 43 ; A. Harsi, L'obligation de motiver les décisions administratives : étendue de la règle, p. 59 ; M. Rousset, L'obligation générale de la motivation des décisions administratives individuelles au Maroc : une nouvelle protection pour les administrés, p. 67).

En fait, à la lecture de la loi, on peut dire que le système adopté par le législateur suggère, comme on l'a déjà écrit voici quelques années (M.A. Benabdallah, Note sous T.A., Casablanca, 29 décembre 2004, *Chtaïbi*, REMALD, 2005, n° 65, p. 151), l'image de l'entonnoir consistant à parler de décisions individuelles défavorables, ensuite à désigner, par énumération, certaines d'entre elles, puis, dans un article 3 de la loi, exclure parmi ces décisions celles qui seraient relatives à la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat et, enfin, dans un article 4, considérer que ne peuvent être entachées d'illégalité pour défaut de motivation, les décisions prises dans des cas de nécessité ou de circonstances exceptionnelles empêchant leur motivation.

Ainsi, au regard de la stricte application de la loi, il ne suffit pas que la décision administrative soit individuelle et défavorable, mais elle doit relever de l'un des six domaines qui y sont visés et qu'elle ne concerne pas la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat ou soit dictée par la nécessité ou des circonstances exceptionnelles. Au bout du compte, arithmétiquement, il ne reste plus que les décisions énumérées.

A la lumière de ce qui vient d'être exposé, revenons-en à notre jugement !

*

* *

Les faits du jugement qui nous retient sont les suivants.

En date du 30 octobre 2014, alors qu'elle était en congé de maladie, la requérante a été démise de ses fonctions de chef de service des expositions internationales. Elle intente un recours pour excès de pouvoir en reprochant à l'acte de ne pas contenir de motivation bien qu'il ait le caractère d'une mesure disciplinaire.

L'agent judiciaire soutient que la décision de mettre fin à une fonction de responsabilité, en l'occurrence chef de service, relève du pouvoir discrétionnaire de l'administration dans le cadre de l'organisation du service public, que la fonction en elle-même ne donne aucun droit acquis à la requérante qui a été démise de ses fonctions compte tenu de son incapacité à l'assumer et que l'acte objet du recours ne relève pas de la catégorie des actes qui doivent être motivés en application de la loi n° 03-01 sur l'obligation de motivation des décisions administratives.

Mais le juge a eu un tout autre raisonnement.

Il considère que c'est un acte qui, à l'origine, devait être motivé ; il l'annule en se fondant sur le fait qu'en révélant les motifs de sa décision et en invoquant le manque de compétence de la requérante et l'absence de sa capacité pour accomplir sa fonction, l'administration n'avait pas fourni de preuves.

En fait, ce qui attire l'attention, c'est que le juge administratif, en soutenant que cet acte devait être motivé en application de la loi sur l'obligation de motivation des décisions administratives, a créé une obligation non prévue par la loi.

En effet, si l'on confronte la liste énumérant les catégories de décisions soumises à l'obligation de motivation à la situation de la requérante relevée de ses fonctions du poste de responsabilité dans lequel elle avait été nommée, il est aisé de constater que la décision en question ne rentre dans aucune des situations envisagées par le législateur. La décision de nommer une personne dans un poste de responsabilité ne lui fait acquérir aucun droit à être maintenue du fait que la décision contraire ne porte atteinte à aucun droit qu'elle aurait acquis suite à sa nomination. La décision de nomination, ainsi que la décision contraire, relèvent du pouvoir discrétionnaire de l'autorité compétente qui, au regard de la loi sur la motivation des décisions administratives, n'a pas l'obligation de motiver cette catégorie de décisions.

*

* *

La justification de ce postulat relève de l'évidence. On ne voit pas comment on pourrait obliger l'autorité responsable du service public à suivre une sorte de rituel dans le choix

des femmes ou des hommes auxquels elle estimerait souhaitable, dans l'intérêt du service, de confier un rôle important dans son fonctionnement. Cela n'exclut pas évidemment que les textes posent des conditions nécessaires pour pouvoir prétendre à ces nominations, âge, diplôme, expérience, etc.; mais le choix de celui qui sera nommé parmi ceux qui remplissent les conditions statutaires pour en bénéficier, ne peut relever que de la seule appréciation discrétionnaire de l'autorité compétente; et il en est naturellement de même de la décision que peut prendre cette même autorité pour procéder à son remplacement par une autre nomination. On conçoit mal qu'un ministre soit obligé de ne procéder à des réaffectations qu'à la condition de les motiver comme si elles concernaient des droits acquis. Aller dans ce sens reviendrait à considérer que l'occupation d'un poste de responsabilité donne lieu à une situation irréfragable et que son titulaire devient comme intouchable !

Ce sont ces considérations qui avaient conduit le Tribunal administratif de Casablanca dans le jugement *Chtaïbi* du 29 décembre 2004, (REMALD, n° 65, 2006, p. 149, note M.A. Benabdallah) à rejeter un recours intenté par un requérant qui protestait contre la décision le relevant de ses fonctions en invoquant le fait que cette décision n'avait pas été motivée et qu'elle était entachée de détournement de pouvoir.

« Considérant que, d'autre part, le requérant reproche à l'acte d'être entaché de détournement de pouvoir comme étant un acte disciplinaire pris sans consultation du conseil de discipline ;

Mais, considérant qu'il est constant en doctrine et en jurisprudence administrative que l'administration jouit en principe d'un pouvoir discrétionnaire en matière d'octroi de missions ou de responsabilité ou de les retirer tant qu'elle n'a pas un pouvoir lié sur la base de textes réglementaires qui déterminent les conditions et les critères pour accéder à un poste nouveau dans le cadre de la mission ou de la responsabilité, puisque son pouvoir devient lié par les conditions et les critères et que par voie de conséquence le fonctionnaire supérieur en grade ou du même grade que le fonctionnaire chargé d'une mission ne peut protester contre elle ou l'attaquer devant le juge sous prétexte qu'il est plus habilité plus méritant pour assumer la mission confiée à son collègue ».

Il est vrai que, dans une décision postérieure, le même Tribunal avait censuré la décision du président de la région d'Oujda relevant de ses fonctions le secrétaire général de la région pour absence de motivation alors que le choix d'un secrétaire général de région relevait d'une appréciation discrétionnaire du président (Note précitée, p. 154). Cette décision pouvait paraître inexplicable en droit compte tenu de l'esprit de la loi sur la motivation. Et l'on peut penser que, dans cette affaire, le jugement du Tribunal reposait sur une méprise quant à la nature du pouvoir de nomination que la loi de 1997 sur la région attribuait au président du conseil régional.

Dans l'affaire qui nous retient du Tribunal administratif de Rabat du 5 mai 2015, *Bouchra Ouachhou*, où il s'agit d'un jugement en deux phases, on peut déduire que l'acte de relever un responsable de sa fonction de chef de service doit être motivé ; ce qui ne nous semble pas du tout juste en droit, entendu qu'il revient au juge de ne rien ajouter à la loi ; tel est le principe de la hiérarchie des normes !

A titre purement indicatif, on rappellera que c'est l'orientation de la jurisprudence en France, où la loi sur la motivation des actes de l'administration est identique à la nôtre et lui a servi d'inspiration, qui considère que la décision mettant fin aux fonctions d'un agent à un poste de responsabilité n'a pas à être motivée « *eu égard au caractère essentiellement révocable de la fonction* », C.E. 14 mai 1986, *Syndicat national des cadres hospitaliers CGT-FO et Rochaix*, R. p. 351 ; C.E. 22 décembre 1989, *Morin*, R. p. 279 ; C.E. 23 novembre 1992, *Portier*, J.C.P. 1993, n° 214, obs. Rouault. Dans un jugement relatif à un autre domaine, mais qui n'est pas loin de celui de la nomination, le juge administratif a expressément considéré comme non créatrice de droits, la décision révocable à discrétion d'un membre faisant partie d'un comité consultatif, T.A., Amiens, 8 octobre 1985, *Broutin c/ ministre de l'Education nationale*, Gaz. Pal. 1987, I, somm. p. 68.

*

* *

Mais, malgré cette réserve, on se doit de préciser que l'annulation se fonde sur un autre argument, seconde phase du jugement, tout à fait en accord avec ce qui est traditionnellement admis.

En effet, le Tribunal annule la décision du ministre de la culture relevant la requérante de ses fonctions de chef du service des expositions internationales en invoquant l'absence de lien de cette décision avec l'intérêt général, et, surtout, le fait que l'autorité administrative a reproché à la personne relevée de ses fonctions « *le manque de compétence et l'absence de capacité pour accomplir ses fonctions* » sans apporter aucune preuve pour appuyer ses assertions.

Si l'on comprend bien la situation, le juge constate que la décision administrative est fondée sur des motifs explicitement énoncés par l'auteur de la décision alors que celui-ci n'était nullement obligé de le faire ; mais dès lors qu'il se trouvait en présence des motifs allégués par l'administration pour justifier l'éviction de la requérante de son poste de chef de service, il ne pouvait évidemment pas se dispenser d'en contrôler la réalité en fait et en droit. Et, c'est ce qu'il a fait !

En somme, si l'administration avait gardé le silence sur les motifs de sa décision en se contentant d'invoquer l'article 2 de la loi sur la motivation ne l'obligeant pas à motiver son acte de mettre fin à la fonction de chef de service de la requérante, le Tribunal n'aurait

trouvé aucune brèche pour exercer son contrôle. Car l'administration n'était nullement obligée de révéler le soubassement de sa décision ; elle aurait tout simplement pu invoquer son pouvoir de gestion impliquant celui de nommer au poste de responsabilité l'agent qu'elle considère apte à l'assumer et de mettre fin à ses fonctions lorsqu'elle estime devoir le remplacer. C'est, pensons-nous, à cette condition que l'on peut valablement gérer les services d'un département.

Au demeurant, nous pensons que l'intérêt de cette décision ne va pas au delà malgré le fait que le Tribunal ait invoqué de manière parfaitement superfétatoire divers articles de la Constitution pour justifier sa décision (articles 154, 155 et 157). D'autant plus que les dispositions constitutionnelles en question exposent seulement des principes généraux qui doivent s'imposer à l'action administrative, tels la transparence, le respect de la loi, la probité, la neutralité, l'intérêt général... tout cela, dans le cadre de ce que la Constitution appelle la bonne gouvernance.

Mieux encore, en fait de bonne gouvernance, on peut aisément faire valoir qu'en impliquant le bon fonctionnement des services et la qualité de leurs prestations, c'est une notion qui suppose que l'administration puisse disposer, dans la direction des services placés sous son autorité, du pouvoir de nommer les personnes qu'elle juge les plus aptes à exercer les fonctions de responsabilité. Cette appréciation relève de l'intime conviction de l'autorité qui a le pouvoir de nomination, et c'est la raison pour laquelle le législateur et la jurisprudence ont reconnu qu'il s'agissait d'un pouvoir discrétionnaire qui échappe à l'obligation de motivation. Le contrôle juridictionnel ne peut donc censurer de telles décisions pour non motivation.

En revanche, à partir du moment où l'autorité administrative expose devant le juge les raisons qui l'ont poussée à nommer ou à désinvestir le responsable d'un service, alors qu'elle n'avait pas à le faire, le juge retrouve son pouvoir de contrôle des motifs suite à leur révélation par l'administration ; et, c'est finalement ce qu'il a fait dans le jugement *Bouchra Ouachhou* qui, sur ce plan, nous semble s'inscrire parfaitement dans la ligne de la jurisprudence traditionnelle.

Néanmoins, on ne doit pas en retenir que l'acte administratif par lequel l'autorité de nomination procède au remplacement d'un responsable par un autre doit comporter une motivation. Un tel acte ne rentre pas dans la catégorie des décisions visées par l'article 2 de la loi relative à l'obligation de la motivation des décisions administratives.

*

* *

T.A., Rabat, 5 mai 2015, Bouchra Ouachhou

« Attendu que, d'une part, étant donné que les services publics sont soumis aux normes de qualité, de transparence et de responsabilité et que les agents des services publics exercent leurs fonctions conformément aux principes du respect de la loi, de la transparence et de l'intérêt général en application des articles 154 et 155 de la Constitution, ceci ne peut avoir lieu qu'à travers l'engagement de l'administration à motiver ses décisions vu que la formalité de motivation constitue l'un des critères de la transparence de l'action administrative, comme elle constitue une réelle assurance dans le domaine de la reconnaissance des droits et libertés, garantie un contrôle juridictionnel efficace, accorde le droit de défense, limite l'excès du pouvoir discrétionnaire de l'administration et garantit la coordination de son action ; ce qui lui évite tout abus ou improvisation, vu que la motivation permet la réflexion, la pondération pour éviter l'erreur afin d'agir dans le cadre de la légalité, outre qu'elle constitue le meilleur moyen de l'autocontrôle avant le contrôle juridictionnel ; de ce fait, les décisions de mettre fin à des fonctions sont soumises à leurs tours à l'obligation de motivation en tant qu'aspect de la bonne gouvernance pour la gestion des services publics constitutionnellement reconnue en application de l'article 157.

Et, attendu que, d'autre part, outre la raison présentée, inspirée des dispositions constitutionnelles ci-dessus citées, et en relation avec l'absence d'immunité de tout acte administratif contre le contrôle juridictionnel – article 118 de la Constitution – et pour garantir le principe de légalité, les actes de mettre fin à des fonctions demeurent également soumis au contrôle juridictionnel surtout au niveau de leurs buts, et, dans ce cadre, la Cour de cassation a confirmé dans son arrêt n° 470 du 9 juin 2011, dossier n° 456/4/1/2010 que « Si le fait de charger les fonctionnaires d'un poste de responsabilité et de les en démettre relève pouvoir discrétionnaire de l'administration, les faits de la présente situation portent sur la décharge du demandeur de sa fonction comme responsable pour une raison que lui attribue l'administration tenant à une négligence, il est du devoir du tribunal de s'assurer de cette négligence et c'est ce qu'il a fait pour s'assurer de son existence » ; ce qui implique que le fait de démettre un fonctionnaire d'un poste de responsabilité sur la base d'infractions qui lui sont attribuées impose le contrôle juridictionnel quant à leur véracité.

Attendu qu'en application de ces normes au présent litige, il apparaît que l'acte incriminé ne contient aucune motivation en relation avec l'intérêt général ou les besoins de fonctionnement du service public et que, pour motiver son acte, l'administration s'est fondée sur le manque de compétence de la requérante et l'absence de sa capacité pour accomplir sa fonction et que ces prétentions sont dénuées de toute preuve, ce qui fait de l'acte contesté un acte sans motif, entaché de détournement de pouvoir et impose son annulation ».