

Le pouvoir discrétionnaire de nomination et l'obligation de motivation des décisions administratives

Note sous T.A., Casablanca, 29 décembre 2004, *Chtaïbi*

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

Une nouvelle loi a nécessairement besoin d'un certain temps d'usage et de pratique pour être utilement comprise et bien assimilée. C'est le cas de la loi relative à la motivation des décisions administratives, entrée en vigueur depuis la deuxième quinzaine du mois de janvier de l'année 2003 (B.O. n° 5030, du 15 août 2002). Se fiant à son titre, on a l'impression qu'il s'agit d'une obligation générale de motivation des décisions administratives, mais en lisant avec attention le contenu de ses dispositions, surtout celles définissant son champ d'application, on peut se rendre compte que la généralité est limitée à certaines décisions seulement et que tout un pan de l'action administrative lui échappe.

Ce n'est point l'amoindrir que de faire une telle remarque ; c'est plutôt reconnaître que tout en ayant en vue de rendre l'action administrative aussi transparente que possible, le législateur a dû bien se rendre à l'évidence que nombre de ses aspects ont constamment besoin d'une certaine marge de manœuvre nécessaire à son efficience. Les faits de la décision que l'on se propose de commenter nous offrent l'occasion de réfléchir plus profondément sur la notion de motivation ainsi que sur l'ensemble des questions qui s'y rattachent où la volonté d'étendre le contrôle à tous les actes de l'administration doit impérativement se conjuguer avec la nécessité de ne pas trop étouffer toutes les mesures que les autorités administratives sont appelées à prendre.

*

* *

Sans entrer dans les détails au caractère inutile pour ce qui va suivre, on se contentera de retenir que dans le jugement qui nous retient, il s'agit d'un employé de l'office de la formation professionnelle et de la promotion du travail qui, mécontent que l'administration ait mis fin à ses fonctions en tant que directeur d'administration centrale au sein de l'office, intente un recours pour excès de pouvoir devant le Tribunal administratif de Casablanca au motif que la décision en question n'a pas été motivée et qu'elle est entachée de détournement de pouvoir. Le Tribunal le déboute en argumentant son jugement par le fait que l'acte incriminé relève du pouvoir discrétionnaire de l'administration, qu'il n'entre pas dans la catégorie des actes énumérés dans l'article 2 de la loi relative à la motivation des décisions administratives et qu'en mettant fin à ses fonctions en tant que responsable sans toucher à sa situation administrative, l'administration ne lui a pas infligé une sanction disciplinaire mais a tout simplement exercé le pouvoir discrétionnaire qui lui est reconnu en ce domaine en le déchargeant de sa fonction de directeur d'administration centrale pour lui confier une fonction au sein de l'inspection générale du même office.

*

* *

Bien qu'elle n'ait fait que récemment l'objet d'une loi spécifique, la motivation des actes administratifs n'est pas une notion nouvelle en droit marocain. La lecture de textes législatifs et réglementaires révèle que plusieurs dispositions en font une obligation pour l'administration. Les exemples ne manquent pas. Dans leur grande majorité, ils concernent les retraits d'autorisation ou d'agrément, comme ils concernent le domaine des collectivités locales et les pouvoirs que l'autorité de tutelle exerce à l'égard des membres des conseils communaux (voir les études in « L'obligation de motivation des décisions de l'administration », REMALD, Thèmes actuels n° 43, 2003). Ce sont des exemples qui prouvent que bien avant la promulgation de la loi actuellement en vigueur qui fait de la motivation une obligation quasi générale, le législateur s'est rendu compte que les relations entre l'administration et une catégorie des administrés devaient impérativement être des relations de transparence et de bonne entente. C'est dire qu'en mettant en place une loi qui oblige l'administration à motiver, sous peine d'illégalité, toute décision qui fait partie de la liste qu'il a énumérée, le législateur n'a fait que combler une lacune que, quelque peu auparavant, il cherchait à diminuer au coup par coup.

L'article premier de la loi relative à la motivation précise que les administrations de l'Etat, les collectivités locales et leurs groupement, les établissements publics et les organismes chargés de la gestion de service public – et l'on dira pour simplifier : l'administration – sont tenus de motiver les décisions administratives individuelles défavorables à leurs destinataires. Partant de là, on peut être porté à considérer que toute décision individuelle relevant du pouvoir discrétionnaire de l'administration est de nature à être défavorable et, de ce fait, doit être motivée. Ce serait aller vite en besogne, car ce qui constitue le principe général de l'article premier subit le rétrécissement d'une peau de chagrin dans l'article deuxième de la loi. Dans cet article, le législateur n'a pas exclu ce qui ne doit pas être motivé, mais a, tout uniment énuméré les actes qui tombent sous l'empire de l'obligation de motiver. Naturellement, tout ce qui n'y est pas expressément cité se trouve purement et simplement hors du champ d'application de la loi. C'est une opération arithmétique !

*

* *

Les articles 2, 3 et 4 de la loi tracent, de manière précise, son étendue et ses limites. Dans l'article 2, le législateur a énuméré les décisions administratives individuelles défavorables qui doivent être motivées. Elles ont trait à six domaines des relations de l'administration avec les administrés. Les citer ne serait pas inutile pour la réflexion sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration en matière de nomination à des postes de responsabilité :

« - les décisions liées à l'exercice des libertés publiques ou celles présentant un caractère de police administrative;

- les décisions administratives qui infligent des sanctions administratives ou disciplinaires;
- les décisions administratives 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 la loi ou le règlement;
- les décisions qui retirent ou abrogent une décision créatrice de droits;
- les décisions administratives qui opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance de droit;
- les décisions administratives qui refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions pour l'obtenir ».

Comme on peut le constater, dans sa rédaction, le législateur n'a pas imposé l'obligation de motiver concernant tous les actes administratifs à l'exception de quelques uns, mais il a plutôt défini des catégories bien précises de décisions, à l'exclusion desquelles l'obligation de motivation ne s'impose pas, et où l'administration, tout en ayant un certain pouvoir d'appréciation, demeure liée soit par un texte qui lui dicte sa conduite, soit par un droit déjà obtenu par le destinataire de sa décision. En d'autres termes, la non motivation constitue toujours le principe et ce ne sont que les actes visés par la loi qui en font l'exception.

Le système adopté suggère 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.

De ce fait, et au regard de la stricte application de la loi, il ne suffit pas que la décision administrative soit individuelle et défavorable, mais encore faut-il qu'elle relève de l'un des six domaines qui y sont visés et qu'elle ne soit pas relative à la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat ou dictée par la nécessité ou des circonstances exceptionnelles. En fin de compte, il ne reste que les décisions énumérées qui, au surplus, ne doivent être motivées que sous conditions.

Contrairement donc à ce que l'on peut penser à la lecture du titre de la loi qui parle d'obligation de la motivation des décisions administratives, l'impression est bien différente lorsque l'on prend connaissance de son contenu. Néanmoins, on doit convenir que comme déjà dit au début, l'obligation de motivation ne saurait s'étendre à tous les actes administratifs. Il en est parmi ceux-ci qui s'avèrent tout à fait rebelles à toute idée de motivation et, justement, l'acte qui met fin à des fonctions de responsabilité en constitue une illustration éloquente.

*

* *

Dans le jugement *Chtaïbi* du Tribunal administratif de Casablanca, le juge n'a fait en

réalité qu'appliquer la loi. En procédant à l'énumération des cas de motivation, il a déduit que l'acte administratif déchargeant un fonctionnaire ou un employé d'un établissement public de la fonction ou la mission dont il est investi ne constitue pas un acte soumis à l'obligation de motivation.

Au sens de l'article premier de la loi qui l'a instituée, la motivation s'analyse comme l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision. Son but est de faire savoir au destinataire d'une décision individuelle défavorable les raisons de son édicton. Cependant, il importe de préciser que le destinataire de la décision doit être dans une situation juridique protégée par le droit, en ce sens que le droit dont il se prévaut doit lui être reconnu par un texte législatif ou réglementaire et que l'administration ne peut lui retirer sans raison.

La question qui se pose alors est la suivante : Est-ce que le fait pour une autorité ayant un pouvoir de nomination de mettre fin à une fonction, une mission ou une responsabilité confiée auparavant à un citoyen ou un fonctionnaire peut être rangée parmi les actes qui retirent ou abrogent une décision créatrice de droits ? Ou, autre question qui complète la précédente, est-ce que la nomination à un poste de responsabilité constitue pour son bénéficiaire un droit acquis qui ne saurait connaître aucun changement dans le futur ?

Si, sans hésiter, on peut affirmer que mettre fin à une responsabilité constitue un acte défavorable qui indéniablement modifie une décision créatrice de droits en tant que celle-ci s'interprète comme une situation qui octroie à son titulaire un ensemble de prérogatives juridiques inhérentes à la fonction qui lui est confiée, c'est avec grande hésitation que l'on peut soutenir que la nomination à un poste de responsabilité ne peut prendre fin que si elle est appuyée d'un motif valable en droit et, par voie de conséquence, la légalité de la décision d'y mettre fin est tributaire de la motivation de cette dernière. Un acte de nomination à un poste de responsabilité n'est pas un acte pris *ad vitam aeternam*, créateur de droits au sens de droit acquis à son maintien.

Si tel était le cas, toute autorité administrative ayant pouvoir de nomination et, de ce fait, celui de choisir ses adjoints ou collaborateurs ne peut procéder à un redéploiement de ceux-ci que dans la mesure où elle motive sa décision. Tout responsable, ministre, directeur d'établissement public ou autre de cette catégorie, serait contraint à ne remplacer un de ses agents par un autre que s'il motivait sa décision et que si cette décision est convaincante au regard du droit, du concerné et du juge qui pourrait être appelé à l'examiner!

Nous doutons que cette vue puisse être acceptable ; cela donnerait lieu à des situations aussi incompréhensibles qu'inconcevables en matière de gestion administrative. Même l'abrogation d'un acte de délégation de pouvoir ou de signature qui est incontestablement un acte créateur de droits juridiques au bénéfice du délégataire serait soumis à motivation. Par conséquent, ce n'est pas seulement au niveau de l'acte créateur de droits qu'il faut se situer pour savoir si la décision qui le modifie doit être motivée ou non, mais c'est plutôt au niveau de la situation de celui qui en bénéficie que l'on doit l'apprécier. Est-il titulaire d'un droit intangible et irrévocable qui ne peut connaître de changement que pour une raison juridiquement valable (faute, erreur, indiscipline...) ou

simplement occupant une situation tout à fait précaire dans laquelle se trouvait son prédécesseur et dans laquelle, bien naturellement, se trouvera son successeur ? Tout titulaire d'un poste de responsabilité doit comprendre que si ce même poste devait s'éterniser chez son prédécesseur, il ne lui serait jamais échu ! C'est ainsi que le Tribunal de Casablanca dans son jugement *Chtaïbi* du 29 décembre 2004, a dû raisonner pour considérer, à juste titre, « *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...* »

C'est, du reste, dans le même sens que s'oriente la jurisprudence française considérant 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, a été expressément considérée 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.

*

* *

Cependant, on a quelque peine à comprendre que le même Tribunal de Casablanca qui a rendu le jugement *Chtaïbi*, présidé, de surcroît, par le même président, ce qui surprend davantage, statue sur une affaire ultérieure, voisine de celle qui nous retient, mais dans un sens diamétralement opposé.

Dans son jugement du 21 mars 2005, *El Khadir c/ le président de la région Chaouia Ourdigha*, (REMALD n° 64, 2005, p.208, en langue arabe) les faits se résument comme suit :

Par décision n° 2/04 du 28 mai 2004, le président du conseil régional de la région Chaouia Ourdigha a démis de ses fonctions le secrétaire général de la région le sieur *El Khadir* qui attaque la décision devant le Tribunal administratif de Casablanca qui lui donne raison au motif que l'acte mettant fin à la décision de nomination intervenue vraisemblablement deux années antérieurement, puisque portant le numéro 4/2002, n'a pas été motivée et que, *compte tenu de l'absence de nécessité et de circonstances exceptionnelles*, son édicition est illégale.

C'est un jugement d'autant plus surprenant que, d'après le quatrième alinéa de l'article 51 de la loi n° 47-96 relative à l'organisation des régions, la nomination du secrétaire général de la région qui n'est pas un membre élu relève du président du conseil régional. Ce qui revient à dire que l'on se trouve exactement dans la même situation que celle du jugement *Chtaïbi* où le même tribunal a autrement apprécié la situation. Et pourtant, il

ne s'agissait ni d'une révocation, ni de l'exercice d'un quelconque pouvoir disciplinaire ! Ne remuons pas trop le couteau dans la plaie ; c'est probablement la masse des affaires qui fait qu'un même tribunal et un même président de juridiction ont tendance à oublier les solutions qu'ils ont apportées aux mêmes questions dans le passé le plus récent !

*

* *

Au-delà de ce que l'on peut appeler un petit écart d'appréciation, ne gardons à l'esprit que le raisonnement suivi dans le jugement *Chtaïbi* qui, nous semble-t-il, a fait une interprétation parfaitement conforme à l'esprit de la loi relative à l'obligation de motivation des décisions administratives. Le juge en a soustrait les actes de nomination à une fonction ou un poste de responsabilité en les faisant relever du pouvoir discrétionnaire de l'administration ; ce qui en fait des actes non créateurs de droits au sens de droits irrévocables.

D'aucuns ne manqueront certainement pas d'observer qu'il se serait situé en retrait par rapport à l'avancement qu'a voulu le législateur en imposant plus de transparence dans la prise des décisions administratives. Nous ne le pensons pas ; bien au contraire, il a donné une dimension juste et mesurée à la notion d'une certaine catégorie d'actes administratifs où la motivation ne peut avoir de signification que dans la mesure où elle peut servir en cas de besoin à l'appréciation de la légalité de l'acte par le juge de l'excès de pouvoir. Sans doute fait-elle partie des conditions de forme de la légalité de l'acte, mais, au fond, c'est une condition qui permet le contrôle interne de sa légalité ; et, en ce domaine, le juge, tout perspicace qu'il puisse être, ne saurait substituer sa propre appréciation à celle de l'administration. Il ne saurait lui dicter quel collaborateur garder à son poste de responsabilité et quel agent doit être remplacé ; il deviendrait lui-même administrateur ! Voilà, un aspect de la loi qui avait besoin de l'éclairage du juge et qui conforte l'idée que le droit administratif est un droit où l'apport jurisprudentiel est encore des plus nécessaires, et l'idée également, émise tout au début, qu'une loi a besoin d'un certain temps d'usage et de pratique pour être utilement comprise et bien assimilée !

*

* *

T.A., Casablanca, 29 décembre 2004, *Chtaïbi*

« Considérant que tout acte administratif individuel négatif appartenant à un élément de la liste contenue dans le texte législatif est soumis à la motivation sous peine d'illégalité, et que par acte négatif on entend la position négative qu'adopte l'administration à l'égard des demandes des particuliers et de leurs recours et ce par le refus exprès ou implicite de modifier des situations juridiques ou effectives des intéressés, l'acte, objet du recours, consistant à décharger le requérant de la mission

dont il est investi, ne fait pas partie des actes administratifs individuels négatifs au sens de l'article premier précité, outre qu'il ne s'intègre pas dans la liste de l'article 2 de la loi n° 01-03 précitée, entendu que la décharge d'une fonction, d'après la doctrine et la jurisprudence administratives n'est considérée en aucun cas comme une sanction disciplinaire ou comme une rétrogradation ou autre parmi les sanctions disciplinaires.

(...)

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 (...).

*Par ces motifs :
Rejet ».*