

PREP'AVOCAT

PROCÉDURE ADMINISTRATIVE

SUPPORT PÉDAGOGIQUE

LES ÉVOLUTIONS DU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR

« Nous l'admirons encore, mais il est comme cette étoile temporaire des Gémeaux, que nous voyons dans le ciel, et dont l'exaltation lumineuse a peut-être disparu depuis déjà des centaines d'années, tellement elle est loin de nous. Nous l'admirons encore, et il n'est déjà plus ou, du moins, il n'est plus qu'une pièce de musée, un objet d'art délicat, une merveille de l'archéologie juridique. » M. HAURIU.

LE JUGE DE L'EXCÈS DE POUVOIR FACE AUX ACTES DE DROIT SOUPLE

Auparavant, le recours pour excès de pouvoir (REP) constituait uniquement le vecteur de contestations visant les décisions administratives à la portée impérative, à savoir les actes administratifs unilatéraux décisifs qui faisaient grief (catégorie dans laquelle ne sont jamais entrées les mesures d'ordre intérieur par exemple). Toutefois, alors que, pour réguler les comportements, l'administration s'inspire de la *compliance* en cherchant à inciter plutôt qu'à contraindre, de nouveaux types d'actes ont vu le jour et ces derniers, dits de « droit souple », de « *soft law* » ou encore de « droit mou » (selon les auteurs) ont progressivement gagné leur justiciabilité devant le juge administratif à compter des célèbres jurisprudences *Société Fairvesta International GmbH* et *Société NC Numéricable* rendues le 21 mars 2016 par l'Assemblée du Conseil d'État. Relativement répandus en matière économique, de tels actes, notamment mis en place par les autorités de régulation, restent non obligatoires pour leurs destinataires.

Pour autant, leur absence de formalisme et leur efficacité (un acte de droit souple pouvant vraiment s'avérer aussi contraignant qu'une décision) en font des modes d'action particulièrement appréciés par l'administration. Le Conseil d'État, conscient de ce phénomène, n'avait ainsi pas souhaité que l'immunité juridictionnelle de tels actes demeure en considérant qu'il « *n'est pas souhaitable de voir des autorités publiques développer un pouvoir à l'abri de tout contrôle juridictionnel* » (Rapport annuel du Conseil d'État, *EDCE*, 2013, p. 15). En 2020, l'arrêt *GISTI* opère une forme de synthèse quant aux conditions de recevabilité du REP à l'encontre de cette catégorie particulière d'actes :

CE, Sect., 12 juin 2020, *GISTI*, n° 418142

[...]

1. Les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre. Ont notamment de tels effets ceux de ces documents qui ont un caractère impératif ou présentent le caractère de lignes directrices.
2. Il appartient au juge d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité du document en tenant compte de la nature et des caractéristiques de celui-ci ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité dont il émane. Le recours formé à son encontre doit être accueilli notamment s'il fixe une règle nouvelle entachée d'incompétence, si l'interprétation du droit positif qu'il comporte en méconnaît le sens et la portée ou s'il est pris en vue de la mise en œuvre d'une règle contraire à une norme juridique supérieure.
3. La " note d'actualité " contestée, du 1er décembre 2017, émanant de la division de l'expertise en fraude documentaire et à l'identité de la direction centrale de la police aux frontières, vise à diffuser une information relative à l'existence d'une " fraude documentaire généralisée en Guinée (Conakry) sur les actes d'état civil et les jugements supplétifs " et préconise en conséquence, en particulier aux agents devant se prononcer sur la validité d'actes d'état civil étrangers, de formuler un avis défavorable pour toute analyse d'un acte de naissance guinéen. Eu égard aux effets notables qu'elle est susceptible d'emporter sur la situation des ressortissants guinéens dans leurs relations avec l'administration française, cette note peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, contrairement à ce que soutient le ministre de l'intérieur. [...]

S'il ne nous appartient pas de revenir sur la diversité des « autorités publiques » à l'origine des actes de droit souple susceptibles de faire l'objet d'un REP (même si cette catégorie dépasse aujourd'hui largement celle des seules « autorités de régulation »), il convient néanmoins de souligner que la décision ci-dessus reproduite offre de véritables clefs de compréhension quant à l'intensité du contrôle qu'effectue le juge administratif.

En tant qu'actes normatifs mais non impératifs, certains actes de droit souple « *aux effets notables* »¹ sont soumis au juge de l'excès de pouvoir et non pas au juge de plein contentieux, l'objectif étant d'en vérifier la légalité. En 2016, avec les décisions *Fairvesta & Numéricable*, le Conseil d'État avait estimé qu'il revenait au juge « *saisi de moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation ; qu'il lui appartient également, si des conclusions lui sont présentées à cette fin, de faire usage des pouvoirs d'injonction qu'il tient du titre Ier du livre IX du code de justice administrative* ». Cet extrait du considérant de principe démontre que la juridiction administrative, dans son contrôle, entendait observer l'acte en lui-même avec ses caractères mais également l'étendue du pouvoir d'appréciation détenu par l'autorité publique. L'arrêt *GISTI* de 2020 apporte de nouvelles précisions en ce sens avec le considérant 2 (« *Il appartient au juge d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité du document en tenant compte de la nature et des caractéristiques de celui-ci ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité dont il émane. Le recours formé à son encontre doit être accueilli notamment s'il fixe une règle nouvelle entachée d'incompétence, si l'interprétation du droit positif qu'il comporte en méconnaît le sens et la portée ou s'il est pris en vue de la mise en œuvre d'une règle contraire à une norme juridique supérieure.* »).

¹ Pour deux illustrations récentes d'actes de droit souple à la justiciabilité révélée par le Conseil d'État :

CE, 21 juin 2021, n° 428321 : une note interne du Garde des Sceaux effectuant un tri entre documents communicables et non communicables aux tiers aux instances devant les juridictions civiles et pénales peut faire l'objet d'un REP.

CE, 10 décembre 2021, n° 439944 : Une interprétation par la Commission de Régulation de l'Énergie (CRE) de la clause de suspension pour force majeure d'un accord-cadre conclu avec EDF constitue un acte de droit souple susceptible de REP.

D'un point de vue procédural, les délais de recours à l'encontre d'un acte de droit souple ne présentent aucune particularité, sauf disposition contraire. L'article R. 421-1 du CJA s'applique ainsi le plus souvent. Quant aux moyens de légalité invoqués par le requérant, le juge s'attache principalement à examiner la légalité externe avec la compétence de l'auteur de l'acte :

Ex – CE, 19 juin 2020, n° 434684 – Le Conseil d'État a estimé que la CNIL, autorité administrative, avait excédé la compétence qui lui était attribuée par la loi en matière de droit souple dès lors que celle-ci avait prescrit une interdiction générale et absolue au sein de lignes directrices.

Néanmoins, il contrôle également la signature, la motivation et la publicité de l'acte de même que les règles de procédure (même si ces dernières se révèlent plutôt rares en pratique).

Sur le fond, en matière de légalité interne, si le juge administratif semble s'intéresser relativement peu à l'erreur de droit ou à la violation de la loi, il opère néanmoins un **contrôle normal** (non limité à l'erreur manifeste d'appréciation) de la qualification juridique des faits et de leur exactitude matérielle (CE, 19 juillet 2017, *Société Menarini France* n° 399766).

DU NOUVEAU DANS LE CONTRÔLE DES ACTES RÉGLEMENTAIRES

Abstrait et général, au caractère impersonnel mais pouvant parfois n'avoir qu'un seul destinataire et le désigner nommément, désignant l'acte administratif unilatéral comme parfois le contrat, l'acte réglementaire reste une catégorie tout aussi large qu'ambivalente.

Au regard de leurs effets sur l'ordonnancement juridique et sur la situation des administrés, les actes à la nature réglementaire peuvent être contestés de manière perpétuelle car, une fois les délais de recours contentieux de droit commun dépassés, deux voies restent ouvertes pour les justiciables : l'exception d'illégalité et le recours contre le refus d'abroger l'acte comme le rappelle la décision fondamentale rendue par l'Assemblée du Conseil d'État le **18 mai 2018**, *CFDT Finances* :

[...]

2. Le contrôle exercé par le juge administratif sur un acte qui présente un caractère réglementaire porte sur la compétence de son auteur, les conditions de forme et de procédure dans lesquelles il a été édicté, l'existence d'un détournement de pouvoir et la légalité des règles générales et impersonnelles qu'il énonce, lesquelles ont vocation à s'appliquer de façon permanente à toutes les situations entrant dans son champ d'application tant qu'il n'a pas été décidé de les modifier ou de les abroger.

3. Le juge administratif exerce un tel contrôle lorsqu'il est saisi, par la voie de l'action, dans le délai de recours contentieux. En outre, en raison de la permanence de l'acte réglementaire, la légalité des règles qu'il fixe, comme la compétence de son auteur et l'existence d'un détournement de pouvoir doivent pouvoir être mises en cause à tout moment, de telle sorte que puissent toujours être sanctionnées les atteintes illégales que cet acte est susceptible de porter à l'ordre juridique.

4. Après l'expiration du délai de recours contentieux, une telle contestation peut être formée par voie d'exception à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative ultérieure prise pour l'application de l'acte réglementaire ou dont ce dernier constitue la base légale.

Elle peut aussi prendre la forme d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre la décision refusant d'abroger l'acte réglementaire, comme l'exprime l'article L. 243-2 du code des relations entre le public et l'administration aux termes duquel : " L'administration est tenue d'abroger expressément un acte réglementaire illégal ou dépourvu d'objet, que cette situation existe depuis son édicton ou qu'elle résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures, sauf à ce que l'illégalité ait cessé [...] ". Si, dans le cadre de ces deux contestations, la légalité des règles fixées par l'acte réglementaire, la compétence de son auteur et l'existence d'un détournement de pouvoir peuvent être utilement critiquées, il n'en va pas de même des conditions d'édiction de cet acte, les vices de forme et de procédure dont il serait entaché ne pouvant être utilement invoqués que dans le cadre du recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'acte réglementaire lui-même et introduit avant l'expiration du délai de recours contentieux. [...]

Un contrôle de l'excès de pouvoir limité d'un point de vue externe

Par cette décision *CFDT Finances*, le Conseil d'État apporte une limitation d'ampleur à l'examen des moyens de légalité externe soulevés postérieurement aux délais de recours contentieux de droit commun, ceux soulevant des vices de forme et de procédure devenant inopérants à l'expiration du délai de deux mois suivant la publication de l'acte, et ce aussi bien lorsque le recours est introduit par voie d'exception que lorsqu'il s'agit d'un recours contre le refus d'abroger l'acte réglementaire.

Les derniers séismes en matière de refus d'abroger un acte réglementaire

Dans le cadre plus spécifique de cette voie de droit, le Conseil d'État est allé encore plus loin avec deux décisions récentes sur lesquelles il convient de revenir :

CE, Ass., 19 juillet 2019, *Association des Américains accidentels*, n° 424216

5. L'effet utile de l'annulation pour excès de pouvoir du refus d'abroger un acte réglementaire illégal réside dans l'obligation, que le juge peut prescrire d'office en vertu des dispositions de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, pour l'autorité compétente, de procéder à l'abrogation de cet acte afin que cessent les atteintes illégales que son maintien en vigueur porte à l'ordre juridique. Il s'ensuit que, dans l'hypothèse où un changement de circonstances a fait cesser l'illégalité de l'acte réglementaire litigieux à la date à laquelle il statue, le juge de l'excès de pouvoir ne saurait annuler le refus de l'abroger.

A l'inverse, si, à la date à laquelle il statue, l'acte réglementaire est devenu illégal en raison d'un changement de circonstances, il appartient au juge d'annuler ce refus d'abroger pour contraindre l'autorité compétente de procéder à son abrogation.

6. Il résulte du point 5 que lorsqu'il est saisi de conclusions aux fins d'annulation du refus d'abroger un acte réglementaire, le juge de l'excès de pouvoir est conduit à apprécier la légalité de l'acte réglementaire dont l'abrogation a été demandée au regard des règles applicables à la date de sa décision.

7. S'agissant des règles relatives à la détermination de l'autorité compétente pour édicter un acte réglementaire, leur changement ne saurait avoir pour effet de rendre illégal un acte qui avait été pris par une autorité qui avait compétence pour ce faire à la date de son édicton. Un tel changement a, en revanche, pour effet de faire cesser l'illégalité dont était entaché un règlement édicté par une autorité incompétente dans le cas où ce changement a conduit, à la date à laquelle le juge statue, à investir cette autorité de la compétence pour ce faire.

Il résulte de cette décision que :

- Le juge se trouve saisi à nouveau de la question de la légalité de l'acte réglementaire dans le cadre d'un recours contre le refus de l'abroger, question qu'il doit désormais trancher à la date à laquelle il statue et non plus à la date à laquelle a été émise la décision de refus d'abroger. Ainsi, il lui est loisible d'annuler le refus d'abroger un acte devenu illégal après ledit refus.
- Si l'administration a obligation d'abroger un acte illégal selon le principe général du droit découvert dans la décision *Alitalia* par le Conseil d'État en 1989, elle n'en est plus tenue lorsque l'acte réglementaire est devenu légal à la date du refus d'abroger. Et le juge pourra aussi refuser d'annuler un tel refus d'abroger lorsque l'acte réglementaire aura pris les atours de la légalité au moment où il statue.
- Plus précisément, s'agissant du vice d'incompétence, le considérant 7 de la décision ci-dessus reproduite précise qu'un vice d'incompétence initiale peut disparaître entre le moment de l'édiction de l'acte et la décision du juge, ce qui rendrait alors le refus d'abroger opposé par l'administration parfaitement légal.

CE, Sect., 19 novembre 2021, *Association ELENA France & autres*, n° 437141.

[...]

2. Lorsqu'il est saisi de conclusions tendant à l'annulation d'un acte réglementaire, le juge de l'excès de pouvoir apprécie la légalité de cet acte à la date de son édicton. S'il le juge illégal, il en prononce l'annulation.

3. Ainsi saisi de conclusions à fin d'annulation recevables, le juge peut également l'être, à titre subsidiaire, de conclusions tendant à ce qu'il prononce l'abrogation du même acte au motif d'une illégalité résultant d'un changement de circonstances de droit ou de fait postérieur à son édicton, afin que puissent toujours être sanctionnées les atteintes illégales qu'un acte réglementaire est susceptible de porter à l'ordre juridique. Il statue alors prioritairement sur les conclusions à fin d'annulation.

4. Dans l'hypothèse où il ne ferait pas droit aux conclusions à fin d'annulation et où l'acte n'aurait pas été abrogé par l'autorité compétente depuis l'introduction de la requête, il appartient au juge, dès lors que l'acte continue de produire des effets, de se prononcer sur les conclusions subsidiaires. Le juge statue alors au regard des règles applicables et des circonstances prévalant à la date de sa décision.

5. S'il constate, au vu des échanges entre les parties, un changement de circonstances tel que l'acte est devenu illégal, le juge en prononce l'abrogation. Il peut, eu égard à l'objet de l'acte et à sa portée, aux conditions de son élaboration ainsi qu'aux intérêts en présence, prévoir dans sa décision que l'abrogation ne prend effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine. [...]

Le Conseil d'État a ainsi fait évoluer sa jurisprudence en considérant que le juge de l'excès de pouvoir pouvait désormais prononcer, dès lors que les parties ont présenté des conclusions en ce sens, l'abrogation d'un acte réglementaire qu'un changement dans les circonstances de droit ou de fait a rendu illégal en cours d'instance.











Sophie ROUSSEL, rapporteure publique, a expliqué ce renouvellement de l'office du juge par le fait que « *la recevabilité de conclusions subsidiaires d'abrogation ne modifie pas l'objet du litige d'excès de pouvoir : il s'agit toujours d'un recours contre un acte, à la différence près que [le juge s'autorise] à exercer [son] contrôle juridictionnel, si le requérant [l'y] invite, sur la légalité de cette décision dans un intervalle temporel – celui qui sépare la date d'édiction de cet acte de la date à laquelle [il statue] – plutôt qu'à une date donnée* ».


À lire :



AJDA 2022 p.481


« Pour le justiciable », dites-vous ?

Stéphanie Douteaud, Maître de conférences en droit public à l'université du Littoral-Côte d'Opale

Désuet, le recours pour excès de pouvoir (REP) ? Il faudrait avoir hiberné pendant de longs mois pour le prétendre sans un soupçon de mauvaise foi. Par une succession d'arrêts agrégés autour du triptyque *Américains accidentels* (CE, ass., 19 juill. 2019, n° 424216, Lebon avec les concl.  ; AJDA 2019. 1986 , chron. C. Malverti et C. Beaufils  ; RFDA 2019. 891, concl. A. Lallet ) , *Stassen* (CE 28 févr. 2020, n° 433886, Lebon avec les concl.  ; AJDA 2020. 489  ; RFDA 2020. 469, concl. G. Odinet ) , *Elena* (CE, sect., 19 nov. 2021, n° 437141, Lebon  ; AJDA 2021. 2582 , chron. C. Malverti et C. Beaufils ) , le Conseil d'Etat a organisé la mue de cette pluriséculaire voie d'action. Le regard porté par son juge sur l'acte accusé de malfaçon est tantôt rétrospectif, tantôt rivé sur le présent (*Américains accidentels*), quand il n'est pas l'un et l'autre (*Stassen*, *Elena*). Saisi d'un refus d'abroger un acte, de le modifier, d'abroger une mesure conservatoire prise par l'Agence française de lutte contre le dopage ou un règlement, le juge de l'excès de pouvoir peut (ou doit, selon la configuration) considérer l'état de l'ordre juridique existant lorsqu'il se prononce.

À qui profite ce retour vers le futur ? La formation de jugement n'est pas tenue aux aveux. Les indices jalonnant ses décisions sont bien maigres. Même rapprochés, la volonté que « puissent toujours être sanctionnées les atteintes illégales que cet acte est susceptible de porter à l'ordre juridique » et « l'effet utile » de l'issue du procès résistent à la certitude d'y voir autre chose qu'un hommage mêlé d'excuse à cette vieille dame du contentieux administratif qu'est *Dame Lamotte* (CE, ass., 17 févr. 1950, n° 86949, Lebon ) .

La doctrine organique, elle, avance deux justifications d'inégal relief. Rapporteurs publics et responsables du centre de recherches et de diffusion juridiques soulignent l'intérêt qu'y trouvera le justiciable. *Elena* « lui [épargne] ainsi le temps que pourrait prendre non seulement le déclenchement d'un refus d'abrogation [...] mais également une nouvelle instance sur ce refus » (AJDA 2021. 2582 ) . Nul besoin d'un « nouveau ticket pour le manège contentieux » grâce aux *Américains accidentels* (A. Lallet, concl., RFDA 2019. 891 ) . Et puis les justiciables nourrissent dorénavant des « attentes », eux qui ont « pris l'habitude d'une réponse juridictionnelle en prise avec l'actualité » grâce aux référés (S. Roussel, concl. sur l'affaire *Elena*, p. 5). Equiper le juge de lunettes élargissant son champ de vision « est de nature à renforcer la confiance des administrés dans la juridiction administrative » (préc., p. 19).


Il ne s'agit pas de nier ces avantages, seulement d'en relativiser l'influence. Statuer au regard des circonstances actuelles c'est épargner du temps à l'administration (à l'abri d'une nouvelle demande d'abrogation) et celui du juge qui fait d'un REP deux coups (v., à ce propos, G. Odinet, concl. sur l'affaire *Stassen*, RFDA 2020. 469 ) . Par ailleurs, les bienfaits retirés par le justiciable ne sont pas à surestimer. *Primo*, réserve faite du contentieux des refus de faire, le juge demeure passif. S'il s'aventurait à évoquer un changement de circonstances sans y avoir été invité par le demandeur, y compris en présence d'un événement médiatisé, connu de lui et dont le rapporteur public fait état (S. Roussel, p. 26), le couperet de l'*ultra petita* s'abattra sur sa décision. *Secundo*, l'appréciation du changement de circonstances sera exigeante, voire sévère.

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 07 69 76 64 99 / 06 98 89 44 22

Le moyen s'en prévalant « ne sera jugé fondé que si le changement, notamment lorsqu'il porte sur une circonstance de fait, est suffisamment substantiel » (AJDA 2021. 2582 ). *Tertio*, l'innocuité d'une incompétence matérielle en raison d'une providentielle redistribution des attributions administratives écorne l'orthodoxie du droit administratif. Car rien ne garantit que l'autorité dépossédée se serait déterminée de la même manière que l'usurpatrice. Or cette assurance était jusqu'à présent la seule à même de priver le justiciable de toute sanction de ce - jadis ? - vice d'ordre public. Les Américains accidentels ont lourdement payé la rançon d'un revirement dont les paramètres auraient mérité un autre ajustement. Pour finir, si l'abrogation devait être différée, aucune prime au requérant n'est pour l'heure envisagée. Alors, pour le justiciable, dites-vous ?