

8 Mutations

Jacques-Henri STAHL,
conseiller d'État

« **D**roit commun » des recours au fond devant le juge administratif (CE, 2 oct. 2019, n° 432388, Sté Auchan Hypermarché : *JurisData* n° 2019-016969), le recours pour excès de pouvoir connaît, depuis plusieurs années, des mutations significatives.

À l'origine de ces mouvements, il y a certainement la réforme de 1987 qui a permis de dégager le Conseil d'État de l'arriéré de recours qui grevait durablement son activité et sa capacité à repenser son intervention juridictionnelle. Il y a aussi, fondamentalement, la loi du 8 février 1995 qui a donné au juge administratif un formidable instrument avec le pouvoir d'adresser des injonctions à l'Administration.

La révolution de l'injonction a, lentement mais sûrement, mis au centre des préoccupations l'effectivité et l'utilité de l'intervention du juge. Le juge de l'excès de pouvoir a cessé d'être un juge regardant par construction vers le passé, ne regardant la réalité que dans un rétroviseur le ramenant invariablement vers les circonstances de droit et de fait prévalant à la date de la décision administrative contestée devant lui. Il a progressivement été conduit à regarder devant lui, en se préoccupant directement et immédiatement des conséquences s'attachant, à compter de demain, à la décision prise au regard de la situation qui s'était cristallisée hier. Le rapport du juge au temps a ainsi changé petit à petit : le jugement au présent d'une situation nécessairement passée a progressivement intégré ce qui devait en résulter pour l'avenir des protagonistes.

En a découlé la réflexion qui a conduit à moduler dans le temps les effets des annulations contentieuses (CE, ass., 11 mai 2004, n° 255886, Assoc. AC ! : *JurisData* n° 2004-066645) ou des changements de jurisprudence (CE, ass., 16 juill. 2007, n° 291545, Sté Tropic Travaux Signalisation : *Juris-Data* n° 2007-072199 ; Dr. adm. 2007, repère 7, J.-B. Auby ; Dr. adm. 2007, comm. 142, note Ph. Cossalter). Mais, de façon plus large et plus générale, une riche jurisprudence a, touche par touche, affiné la détermination des effets des décisions du juge de l'excès de pouvoir et précisé

« **Le jugement au présent d'une situation nécessairement passée a progressivement intégré ce qui devait en résulter pour l'avenir des protagonistes** »

les conséquences devant en être tirées. Elle a conduit le juge à réinterroger le rapport au temps de son intervention.

Dans la période la plus récente, la mutation de l'approche temporelle de l'intervention du juge de l'excès de pouvoir a connu deux sortes de rebondissements. La première tourne autour de la question de la régularisation. Elle n'est pas purement prétorienne, dans la mesure où différentes dispositions législatives ont pu organiser ou aménager des facultés de régularisation, en particulier dans le contentieux de l'urbanisme. La préoccupation du législateur et la préoccupation du juge se rejoignent, pour, regardant vers l'avenir, permettre la correction des illégalités commises, sans mettre à bas ce qui n'est pas radicalement illégal : il s'agit, prenant en compte de façon plus fine la portée des illégalités relevées par le juge, de faire le départ entre ce qui, en termes de légalité, peut être réparé et ce qui ne le peut pas, avec l'idée que l'intervention du juge doit conduire, non pas nécessairement à casser la décision qui a été prise par l'Administration dans le passé, mais à conduire l'Administration à retrouver, pour l'avenir, le chemin de la légalité. Ces réflexions ont été nourries des exercices, menés parallèlement, de renouvellement du contentieux contractuel.

L'autre rebondissement récent, qui a suscité divers commentaires, a consisté à s'émanciper, dans certaines configurations procédurales bien précises, de la référence, traditionnelle pour le juge de l'excès de pouvoir, aux circonstances de droit et de fait existant à la date de la décision attaquée. Ce pas a été franchi à partir de 2019, d'abord pour le contentieux du refus d'abroger un acte réglementaire (CE, ass., 19 juill. 2019, n° 424126, Assoc. des américains accidentels : *JurisData* n° 2019-014151). Le chemin a ensuite été emprunté pour le refus d'abroger un décret d'extradition (CE, 10 juin 2020, n° 435348, Zdancewicz : *JurisData* n° 2020-007878), pour le refus de la CNIL d'ordonner le déréférencement d'un moteur de recherches (CE, 6 déc. 2019, n° 391000, M. A. c/CNIL : *JurisData* n° 2019-021942), pour le refus de consultation d'archives publiques (CE, ass., 12 juin 2020, Graner : *JurisData* n° 2020-007984), ou encore pour le refus de donner rendez-vous en préfecture pour le dépôt d'une demande de titre de séjour (CE, 1^{er} juill. 2020, n° 436288, Labassi : *JurisData* n° 2020-009375).

→ Suite page 2

Dr. Admin

REVUE MENSUELLE DU JURISCLASSEUR

Président-Directeur général,
Directeur de la publication :
Philippe Carillon

Directrice éditoriale :
Clémentine Kleitz
clementine.kleitz@lexisnexis.fr

Directrice de rédaction :
Katia Chassigne
katia.chassigne@lexisnexis.fr

Directeurs :
Paul Lignières, vice-recteur
de l'Institut Catholique de Paris,
avocat honoraire

Benoît Plessix, professeur
à l'université Panthéon-Assas
(Paris II)
Jacques-Henri Stahl, conseiller
d'État

Comité de rédaction :
François Brenet, professeur
de droit public à l'université
de Poitiers
Gweltaz Eveillard, professeur
de droit public à l'université
Rennes I

Pascale Idoux, professeur
de droit public à l'université
de Montpellier

Rédactrice en chef :
Asma Benberkane
Tél. : 01 45 58 92 16
asma.benberkane@lexisnexis.fr

Chargée d'édition :
Claire Hennebelle
Tél. : 01 45 58 93 69
claire.hennebelle@lexisnexis.fr

Direction Marketing Opérationnel / Publicité
Caroline Spire
Responsable clientèle publicité
caroline.spire@lexisnexis.fr - 01 45 58 94 69
Catherine Thevin
Responsable du marketing opérationnel
catherine.thevin@lexisnexis.fr - 01 45 58 93 05

Abonnement annuel 2020
France métropolitaine : 403,30 € TTC
Prix de vente au numéro : 45,95 € TTC
Dom-Tom et Étranger : 435,00 € HT
Prix de vente au numéro : 49,00 € HT
Offre spéciale étudiants :
http://etudiant.lexisnexis.fr/

Crédit photo :
ciropics / iStock / Getty Images Plus

Relations clients :
Tél. : 01 71 72 47 70
relation.client@lexisnexis.fr
www.lexisnexis.fr

LexisNexis SA
SA au capital de 1 584 800 €
352 029 431 RCS Paris
Principal associé :
Reed Elsevier France SA
Siège social :
141, rue de Javel
75747 Paris Cedex 15

Commission paritaire n° 1224 T 85747
Dépôt légal à parution

Origine du papier : Allemagne
Taux de fibres recyclées : 6 %
Certification : 100 %

Impact sur l'eau : P_{tot} = 0,01 kg / tonne



Dans ces différentes affaires, le contentieux noué regardait, en soi, vers l'avenir, dans la mesure où l'acte contesté avait opposé un refus à une demande préalable et que l'annulation de ce refus, au mieux, ne pouvait déboucher que sur l'intervention d'une décision favorable prenant effet après la décision du juge. Dans ce type de configuration, l'état du droit prévalant à la date de naissance de la décision de refus, prétexte à la saisine du juge, n'apparaît pas, sinon par habitude, devoir constituer une référence indépassable.

Dans cette veine, la décision Stassen (*CE*, 28 févr. 2020, n° 433886 : *JurisData* n° 2020-002581) a poursuivi l'expérimentation en procédant, dans un contentieux nouant un rapport au temps particulier, portant sur une mesure de suspension provisoire d'un sportif pour suspicion de dopage, à l'hybridation de conclusions classiques à fin d'annulation de l'acte contesté et de conclusions tendant à l'annulation du refus de l'abrogation de cet acte. L'intervention du juge de l'excès de pouvoir se dédouble alors, le conduisant, d'une part et classiquement, à apprécier la légalité de la décision administrative à la date à laquelle elle a été prise, avec pour conséquence son annulation rétroactive en cas d'illégalité, et, d'autre part, à compléter cette approche en examinant si, à la date à laquelle il se prononce, la décision est devenue illégale, avec pour conséquence alors sa simple abrogation. Ces mutations ne sont pas des ruptures, mais plutôt des approfondissements, des prolongements, des enrichissements. Elles demeurent en chantier et n'ont pas encore produit tous leurs effets ni même atteint leur équilibre. Elles ont déjà pu pointer leur nez en référé suspension (*CE*, réf., 22 avr. 2020, n° 440039, *Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation* : *JurisData* n° 2020-006055). Elles ne manqueront pas de continuer d'être testées, éprouvées, expérimentées.

Le rapport au temps n'est pas la seule mutation à l'œuvre aujourd'hui dans le prétoire de l'excès de pouvoir. Le champ de ce qui peut s'y discuter est aussi largement en mouvement, à la recherche également d'un nouvel équilibre.

Dans un sens restrictif à certains égards. La quête perpétuelle du bon arbitrage entre légalité et la stabilité des situations juridiques a conduit à juger irrecevables les recours formés trop longtemps après que le requérant a eu connaissance de la décision qu'il attaque, quand bien même n'auraient pas été respectées toutes les exigences entourant normalement la notification des décisions administratives (*CE*, ass., 13 juill. 2016, n° 387763, *Czabaj* : *JurisData* n° 2016-013776 ; *Dr. adm.* 2016, *comm.* 63, *note G. Eveillard* ; *Dr. adm.* 2019, *alerte 1*, *focus S. Hourson*). Il a conduit, aussi, à ne plus permettre d'invoquer autrement que par voie d'action certains vices de légalité externe susceptibles d'entacher les actes réglementaires (*CE*, ass., 18 mai 2018, n° 414583, *Féd. des finances et affaires économiques de la CFDT* : *JurisData* n° 2018-008095 ; *Dr. adm.* 2018, *comm.* 45, *note G. Eveillard*), en considérant finalement comme excessive l'ins-

tabilité susceptible de résulter, parfois longtemps après, du constat de ces illégalités-là.

Mais, sur d'autres points, la jurisprudence s'est résolument engagée dans la voie d'une plus grande ouverture. La mutation la plus spectaculaire est, sans doute, d'avoir permis de contester, devant le juge de l'excès de pouvoir, des actes administratifs qui ne sont pas des décisions à proprement parler, dans la mesure où ils n'emportent, par eux-mêmes, pas d'effets juridiques propres. Mais, même sans être dotés d'effets juridiques, certains actes de l'Administration peuvent avoir des effets réels sur le comportement ou sur la situation des personnes qu'ils visent, ce qui a conduit le Conseil d'État à admettre qu'ils puissent être contestés dans le prétoire de l'excès de pouvoir. D'abord pour les actes « de droit souple » des autorités de régulation, aux effets notables ou ayant pour objet d'influer de manière significative sur le comportement des intéressés (*CE*, ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Sté Fairvesta et n° 390023*, *Sté Numéricable* : *JurisData* n° 2016-004898 et *JurisData* n° 2016-004897 ; *Dr. adm.* 2016, *comm.* 20, *note S. Von Coester et V. Daumas* ; *Dr. adm.* 2016, *comm.* 34, *note A. Sée*). Puis en élargissant l'ouverture au-delà des autorités de régulation et du champ économique (*CE*, ass., 19 juill. 2019, n° 426389, *Le Pen* : *JurisData* n° 2019-012819 ; *Dr. adm.* 2019, *comm.* 51, *note J.-S. Boda et B. Pouyau*).

Cette ouverture vient de conduire le Conseil d'État à revisiter complètement la jurisprudence sur la recevabilité des recours dirigés contre les circulaires, les lignes directrices et, beaucoup plus largement, l'essentiel de la « littérature grise » de l'Administration. Dépassant la jurisprudence Duvernères, le Conseil d'État admet désormais les recours contre ces actes, dès lors qu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés de les mettre en œuvre (*CE*, sect., 12 juin 2020, n° 418142, *GISTI* : *JurisData* n° 2020-007983).

Cette mutation en appelle nécessairement d'autres. Les décisions Fairvesta, Numéricable, Le Pen et GISTI soulignent ainsi explicitement que le contrôle du juge de l'excès de pouvoir doit nécessairement être adapté lorsqu'il s'exerce sur des actes qui ne présentent pas le caractère de véritables décisions. Ces décisions ont commencé de faire des travaux pratiques. Mais commencé seulement, car le travail d'expérimentation n'en est qu'à ses débuts et qu'il faudra du temps, et du recul, pour pouvoir dégager les grandes lignes de ces nouvelles formes de contrôle d'excès de pouvoir.

Ainsi, par touches successives, se dessine petit à petit un nouveau visage du juge de l'excès de pouvoir, fidèle à ses fondamentaux consistant à contrôler l'Administration en s'assurant de la légalité de ses actes, sans se substituer à elle, dans le respect de sa mission, de sa légitimité et de sa capacité d'action, mais enrichissant sa palette de techniques nouvelles pour approfondir et renouveler son contrôle, en s'adaptant aux exigences de son temps.