

2310

Quel est l'office du juge de l'excès de pouvoir, cent ans après l'arrêt *Boussuge* ?

Étude rédigée par :

Mattias GUYOMAR,

conseiller d'État, professeur associé à l'université
Panthéon-Assas (Paris II)

Alors qu'à l'origine, la légitimité du juge de l'excès de pouvoir a reposé sur l'autolimitation de ses attributions, elle s'enracine aujourd'hui dans l'efficacité croissante de son intervention.

1 - Quel est l'office du juge de l'excès de pouvoir, cent ans après l'arrêt *Boussuge* ? Pour répondre à cette question qui renvoie à l'éten- due des nouveaux pouvoirs dont dispose ce juge emblématique de la juridiction administrative française, je crois qu'on peut avancer que si rien n'a véritablement changé quant à la nature profonde de ce recours singulier, tout a profondément bougé quant aux modalités de son exercice par les requérants et de son maniement par le juge.

2 - Une approche historique permet d'appréhender l'ampleur de ces mutations. À l'origine de ce recours, vers la moitié du XIX^e siècle, le juge de l'excès de pouvoir a en effet puisé sa légitimité dans l'autolimitation de ses attributions. Aujourd'hui, au contraire, celle-ci s'enracine dans l'efficacité croissante de son intervention, condition nécessaire à la garantie de l'effectivité du recours. La promesse initiale du « *self restreint* » n'a pas été tenue. Mais cette trahison était inévitable pour atteindre l'objectif poursuivi dès l'origine par le juge administratif.

3 - Je ne saurais mieux rendre compte des conditions dans lesquelles le recours pour excès de pouvoir a été purement et simplement inventé par le Conseil d'État, sous l'empire de la justice retenue, qu'en citant Léon Aucoc, dans ses conclusions sur un arrêt *Bizet* du 13 mars 1867 : « *votre jurisprudence est arrivée à faire deux grandes catégories parmi les recours qui sont soumis à la juridiction administrative suprême : le contentieux administratif proprement dit – les recours pour excès de pouvoir. Pour les matières qui rentrent dans le contentieux proprement dit, la juridiction administrative apprécie le fond même des questions qui lui sont soumises, elle substitue sa décision à celle de l'administration [...]. Mais à côté de cet ordre de recours, votre jurisprudence, fondée sur la loi d'octobre 1790, a établi un autre ordre de recours qui a une nature toute spéciale, le recours pour excès de pouvoir. Ici la juridiction administrative suprême ne statue plus dans les mêmes conditions que sur les matières du contentieux administratif : elle ne peut plus substituer sa décision à celle de l'administration ; elle joue le rôle de Cour de cassation ; elle se borne à vérifier si l'administrateur dont l'acte lui est déféré est resté dans la limite de ses pouvoirs [...]. Ici Messieurs, c'est votre propre jurisprudence, votre œuvre personnelle que nous avons à rappeler [...] vous avez, depuis 1852, notablement élargi la voie ouverte par vos prédécesseurs et la jeune génération du Conseil vous a suivi avec empres-*

sement dans cette voie parce qu'elle y a trouvé à la fois une précieuse garantie pour les droits des citoyens et une véritable sauvegarde des intérêts les plus essentiels du gouvernement [...]. Dans les matières portées devant la juridiction administrative, la lutte n'est pas ordinairement entre deux particuliers, elle est entre un citoyen et l'administration représentant l'intérêt général. Le législateur a donc attaché une grande importance à ce que le gouvernement, dans la personne de son chef lui-même, éclairé par les avis du Conseil d'État, pût recevoir les plaintes de tous les citoyens et [...] pût ainsi se décharger de la responsabilité qui pèserait sur lui. Il n'y avait plus à distinguer ici entre les petits et grands intérêts. Les griefs les plus minimes peuvent, en se multipliant, causer de graves mécontentements. Il fallait donc que cette sorte de soupape de sûreté fût toujours ouverte ».

1. Dynamique et renouvellement d'une création prétorienne

4 - L'idée même qui a présidé à la création prétorienne du recours pour excès de pouvoir était donc de permettre aux administrés de porter directement devant le Conseil d'État, par la voie d'un recours *omisso medio*, des demandes dirigées contre des actes qui bénéficiaient auparavant d'une totale immunité juridictionnelle. Mais, en limitant initialement ce recours à une forme de « cassation administrative », le Conseil d'État a souhaité gager l'élargissement du spectre des actes administratifs contrôlés par une diminution de la profondeur de son contrôle. Non seulement le juge de l'excès de pouvoir, qui dispose du seul pouvoir d'annulation, ne bénéficie pas, à la différence du juge de plein contentieux, de la possibilité de réformer la décision attaquée devant lui mais encore les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir sont strictement limités. À l'origine, seule l'incompétence de l'auteur de l'acte constituait un « excès de pouvoir » qui était ainsi entendu *stricto sensu*. La jurisprudence a progressivement élargi les cas d'ouverture en y ajoutant la violation des formes substantielles puis le détournement de pouvoir et l'erreur de droit. Avec les arrêts *Gomel* et *Camino* s'ajouteront, en 1914, le contrôle de la qualification juridique des faits puis, en 1916, celui de l'exactitude matérielle des faits. Quatre ans après l'arrêt *Boussuge*, le

juge de l'excès de pouvoir est ainsi doté d'un contrôle entier et objectif portant sur la légalité des actes administratifs.

5 - Ce mouvement s'est poursuivi jusqu'à la consécration que constitue, en 1950, l'arrêt *Dame Lamotte* par lequel le Conseil d'État, fort d'une audace *contra legem*, dégage un principe général du droit selon lequel le recours pour excès de pouvoir est ouvert même sans texte. Voici ainsi consacrée une voie de recours singulièrement efficace ouverte à l'encontre d'actes administratifs auparavant injusticiables et dont l'exercice est aussi facile (dispense du ministère d'avocat, libéralisme de la jurisprudence relative à l'intérêt pour agir) que les effets sont puissants (annulation de l'acte attaqué avec effet rétroactif et valant *erga omnes*). Depuis cette date, la dynamique d'approfondissement du contrôle n'a cessé d'être à l'œuvre tantôt à l'initiative du juge lui-même tantôt grâce à l'intervention délibérée du législateur. Quatre mouvements se sont conjugués pour démultiplier la force de frappe juridictionnelle du juge de l'excès de pouvoir : l'élargissement constant de l'accès au prétoire (qu'illustre en particulier la réduction du champ des mesures d'ordre intérieur), l'intensité croissante des contrôles (dont témoigne notamment la création, dans les années 1960, du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation qui a permis le contrôle de motifs relevant jusqu'alors de l'opportunité administrative), l'attribution de nouveaux pouvoirs irriguant l'ensemble de la chaîne contentieuse et enfin l'aimantation de chefs de conclusions relevant traditionnellement de la pleine juridiction (dont l'arrêt *Lafage* du 8 mars 1912, dont on ne relèvera jamais assez qu'il est contemporain de l'arrêt *Boussuge* constitue l'étape inaugurale). La soupape de sûreté fonctionne à plein régime.

6 - Cette histoire du recours pour excès de pouvoir si souvent narquée est loin d'être achevée. Une nouvelle séquence a en effet débuté, il y a un peu plus de 15 ans. Je la ferais volontiers démarrer avec la loi du 8 février 1995 qui a doté le juge administratif du pouvoir d'injonction. L'intervention du législateur s'est révélée indispensable pour lever cette dernière inhibition du juge de l'excès de pouvoir qui persistait à refuser d'empiéter sur l'administration soumise à son contrôle. Le profond renouvellement de l'office du juge de l'excès de pouvoir s'inscrit en effet résolument dans l'histoire de la séparation de l'administration active et de la juridiction administrative.

7 - Après la séparation des pouvoirs, puis celle des autorités administratives et judiciaires, se sont en effet succédées la séparation des fonctions, celle des organes puis celle des offices. Sous l'empire de la justice retenue, les fonctions d'administrer et de juger ont longtemps été confondues. C'est l'époque de l'administrateur juge. Le XIX^e siècle marquera la progressive autonomisation de la fonction de juger dont la création du recours pour excès de pouvoir est précisément l'une des manifestations les plus éclatantes. Elle passera par une séparation des organes qui se traduit d'abord par la mise en place de distinctions organiques au sein du Conseil d'État, ensuite par une spécialisation des personnes chargées de la fonction de juger, enfin par la processualisation croissante du contentieux administratif. Cette dynamique débouchera sur une véritable séparation des offices qu'illustre l'autolimitation prétorienne du juge de l'excès de pouvoir qui a veillé, au fur et à mesure de sa montée en puissance, à s'amputer des pouvoirs d'administrateur historiquement confiés au juge administratif. Mais aujourd'hui que sont assurées, 140 ans après le passage à la justice déléguée, tant la parfaite étanchéité des fonctions, la complète distinction des organes que le plein respect des exigences d'indépendance et d'impartialité, le rapprochement des offices peut être à nouveau en marche. L'alignement du procès administratif sur un modèle processuel standardisé, défini autour de la notion de procès équitable, permet paradoxalement le retour progressif du juge administrateur. Le juge de l'excès de pouvoir s'affirme ainsi comme un juge de plus en plus actif, de plus en plus intrusif et de plus en plus contraignant. Mais le point d'équilibre n'est pas rompu : doté de pouvoirs

accrus afin d'augmenter l'efficacité de son intervention, le juge est, dans un même mouvement, soumis à des devoirs renforcés.

2. De nouveaux pouvoirs qui irriguent l'ensemble de la chaîne contentieuse

8 - Les nouveaux pouvoirs dont il dispose irriguent l'ensemble de la chaîne contentieuse : ils s'exercent en effet successivement en amont du recours pour excès de pouvoir, dans le cadre de celui-ci et enfin en aval de la décision elle-même.

9 - Comme en réponse aux critiques du Huron qui déplorait à juste titre le caractère trop souvent platonique du recours pour excès de pouvoir, la loi du 30 juin 2000, en instituant le régime du référé suspension, a singulièrement renforcé l'efficacité de l'intervention du juge de pouvoir. Ce référé d'urgence, prévu à l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, se greffe nécessairement sur des conclusions d'annulation¹. Il conduit, lorsque les conditions d'urgence et d'existence d'un doute sérieux sur la légalité de la décision attaquée sont réunies, à la suspension de l'exécution de cette dernière, en principe jusqu'à l'intervention de la décision au fond. En permettant au juge administratif d'intervenir en temps utile pour paralyser, le cas échéant, les effets de la décision soumise à son contrôle, cette réforme a doté le recours pour excès de pouvoir d'une effectivité qui lui manquait indéniablement jusqu'alors, compte tenu de son absence de caractère suspensif. L'utilité du recours y gagne de manière spectaculaire tout comme, corrélativement, l'autorité du juge sur l'administration désormais soumise en temps réel à son contrôle.

10 - Mais la réforme des référés a également produit des effets d'un autre ordre. En familiarisant le juge administratif avec la pratique de l'oralité et en le conduisant à manier de manière quotidienne, les pouvoirs inquisitoriaux dont il dispose, elle a en effet entraîné un réel renouvellement des modalités de la conduite de l'instruction. La décision *Couespel du Mesnil*² indiquait déjà « qu'il appartient au Conseil d'État, saisi d'un recours pour excès de pouvoir, d'exiger de l'administration compétente la production de tous documents susceptibles d'établir sa conviction et de nature à permettre la vérification des allégations du requérant ». Dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, le juge hésite de moins en moins à piloter de manière directive l'instruction. Le recours accru à la procédure de l'enquête – communément appelée « enquête à la barre » – prévu aux articles R. 623-1 et suivants du Code de justice administrative en témoigne. En réunissant durant une demi-journée les parties avec les témoins qu'elles souhaitent faire entendre, le juge dispose d'un outil procédural dynamique qui permet, notamment dans les contentieux fort techniques, une mise en état plus rapide et plus approfondie du dossier. Cette appropriation des mesures d'instruction mises à sa disposition n'est pas sans répercussion sur le maniement par le juge de l'excès de pouvoir de son office. Lorsqu'une enquête d'instruction ne permet pas d'éclairer complètement le juge sur les motifs de la décision attaquée devant lui, il n'hésite pas à faire application de la jurisprudence *Barel*³, par laquelle le Conseil d'État, après avoir relevé qu'aucune suite n'avait été donnée à sa demande de production des dossiers des candidats au concours, en a déduit que « le motif allégué par les auteurs des pourvois devait être regardé comme établi »⁴.

1. Il peut naturellement être présenté accessoirement à un recours de pleine juridiction mais ce point ne relève pas du champ de mon intervention.
2. *CE, sect., 1^{er} mai 1936 : Rec. CE 1936, p. 485.*
3. *CE, ass., 28 mai 1954 : Rec. CE 1954, p. 308*
4. Les conclusions de Maxime Letourneur sur cette affaire sont éloquentes : « [...] rapproché des présomptions très fortes fournies par les requérants, le silence du ministre ne peut s'interpréter que comme un aveu formel de l'exactitude de l'affirmation des intéressés selon laquelle le motif de leur

11 - Ce mode de contrôle, qui est exercé non seulement sur les faits litigieux mais également sur les motifs retenus par l'administration, découle directement de la qualité de maître de l'instruction du juge⁵.

12 - S'agissant de l'exercice même du recours pour excès de pouvoir, le juge a également profondément renouvelé les outils dont il dispose pour contrôler la légalité de l'acte attaqué. Cet enrichissement de son office s'est traduit par le développement des techniques dites de réfection de l'acte administratif : substitution de base légale⁶, neutralisation d'un motif illégal⁷, ou substitution de motif⁸. La correction de l'illégalité à laquelle le juge procède dans ces trois hypothèses emporte la correction de l'acte administratif lui-même. Alors que le pouvoir de réformation constitue la caractéristique du juge du plein contentieux et échappe en principe au juge de l'excès de pouvoir qui ne dispose que du choix entre l'annulation de l'acte attaqué et le rejet du recours, la mise en œuvre de ces trois techniques permet au juge d'effacer l'illégalité de l'acte sans pour autant devoir l'annuler. Le recours à ces techniques de réfection constitue un « circuit court » vers le rétablissement de la légalité qui présente le double avantage d'éviter à l'administration de devoir prendre une nouvelle décision et au requérant d'engager un second procès vraisemblablement perdu d'avance. Pour ce faire, le juge de l'excès de pouvoir se dote des attributions d'un quasi-administrateur. Son incursion dans le domaine de l'administration est clairement assumée par l'usage, à la place du fameux « il ressort des pièces du dossier », de la formule « il résulte de l'instruction » qui est normalement réservée aux décisions rendues dans un contentieux de pleine juridiction.

13 - Doit être également souligné le développement des techniques dites de neutralisation. Elles renvoient en réalité à deux hypothèses de nature différente.

14 - En premier lieu, le juge de l'excès de pouvoir peut chercher à neutraliser les effets d'une irrégularité de procédure afin d'éviter de prononcer l'annulation de l'acte attaqué. Le juge administratif neutralise parfois certains moyens invoqués par le requérant en considérant que, même fondés, ils sont sans influence sur le bien-fondé du recours. Il n'hésite pas à faire jouer la théorie des vices non substantiels selon laquelle une irrégularité de forme ou de procédure que le juge estime vénielle n'entraîne pas l'annulation de l'acte qu'elle en-

tache. Ce pouvoir de neutralisation a récemment reçu la double consécration du législateur, avec l'article 70 de la loi 17 mai 2011⁹, et de l'assemblée du contentieux¹⁰ qui rappelle le principe selon lequel un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie¹¹.

15 - En second lieu, le juge de l'excès de pouvoir peut également s'efforcer de neutraliser une illégalité interne de l'acte attaqué – cela valant principalement lorsque le recours est dirigé contre un acte réglementaire. Le recours aux différentes techniques d'interprétation conforme, d'interprétation neutralisante et de réserves d'interprétation permet ainsi de « vider l'acte de son venin » au moyen d'un rejet constructif de la requête.

16 - Ces deux techniques de neutralisation sont la marque de puissants pouvoirs : la première renvoie à la responsabilité du juge auquel seul il appartient d'établir ou de réfuter le lien entre irrégularité et illégalité, refusant ainsi d'entrer dans une démarche mécanique peu conforme à son mode opératoire ; la seconde illustre le pouvoir que s'est toujours reconnu le juge administratif de co-écrire voire de réécrire l'acte attaqué devant lui dans le souci de faire prévaloir le principe de légalité¹².

17 - À ces différents instruments qui lui permettent de manier de façon de plus en plus affinée les motifs de ses décisions, s'ajoutent les pouvoirs dont le juge dispose pour en moduler le dispositif. Un nouvel équilibre se dessine. Tant qu'il ne disposait que du pouvoir atomique une annulation rétroactive, valant *erga omnes* et revêtue de l'autorité absolue de la chose jugée, le juge de l'excès de pouvoir pouvait se montrer enclin à n'en user qu'avec circonspection. Le pouvoir de modulation qu'il s'est octroyé lui permet désormais d'entrer en annulation pour excès de pouvoir à la fois plus facilement et plus pertinemment. Le juge peut d'abord pratiquer une « modulation dans l'espace » du dispositif de sa décision en n'annulant que partiellement l'acte attaqué dans la seule mesure où il est illégal et à la condition que cette partie soit divisible du tout. Est également possible la « modulation dans le temps des effets » de l'annulation. Depuis la décision *Association AC*¹³, le Conseil d'État admet, à titre exceptionnel, que la rétroactivité des effets de l'annulation pour excès de pouvoir soit atténuée voire purement et simplement abolie – ce qui revient à prononcer une abrogation de l'acte attaqué, à l'instar de ce que peut toujours faire le juge de plein contentieux¹⁴.

18 - Enfin, le juge de l'excès de pouvoir dispose de nouvelles prérogatives qui lui permettent d'intervenir de plus en plus efficacement

exclusion est un motif politique. Ce motif erroné en droit nous paraît ainsi établi et vous pouvez prononcer l'annulation des décisions attaquées ».

5. CE, sect., 26 janv. 1968, *Sté. Maison-Généstal* : Rec. CE 1968, p. 62, concl. L. Bertrand. – CE, 5 mars 2012, n° 343412, *Société anonyme Crédit immobilier de France Développement* : *JurisData* n° 2012-003585, dont la motivation est, de ce point de vue, particulièrement éclairante : « Considérant que, si la Commission bancaire n'était pas tenue d'indiquer dans la motivation de sa décision les paramètres quantitatifs reliant les différents facteurs de risque de l'établissement au niveau de fonds propres minimum qu'elle lui a enjoint de détenir [...] il lui appartenait en revanche de fournir au Conseil d'État statuant au contentieux tous éléments susceptibles d'établir la conviction du juge et de lui permettre d'apprécier la pertinence du moyen soulevé par la société requérante et tiré du caractère excessif du niveau de fonds propres de base exigé d'elle ; que ni les éléments de la procédure écrite, ni les explications données au cours de l'enquête du 15 novembre 2011 ne mettent le Conseil d'État en mesure de vérifier la correcte appréciation du niveau de risque présenté par la banque requérante, la pertinence de son classement au sein de la cinquième catégorie des établissements soumis à contrôle et la nécessité d'un ratio de 12 % sur fonds propres de base pour restaurer ou renforcer sa situation financière [...] qu'il suit de là que la décision enjoignant à la SA Crédit immobilier de France Développement de respecter, au plus tard à compter du 31 mars 2010, un ratio de solvabilité minimum sur fonds propres de base de 12 % doit être annulée [...] ».
6. CE, sect., 3 déc. 2003, n° 240267, *Préfet de la Seine-Maritime c/ El Bahi* : *JurisData* n° 2003-066738 ; Rec. CE 2003, p. 479, concl. J.-H. Stahl ; JCP A 2004, 1019, note V. Tchen.
7. CE, ass., 12 janv. 1968, n° 70951, *Min. Économie et Finances c/ Dame Perrot* : Rec. CE 1968, p. 39.
8. CE, sect., 6 févr. 2004, n° 240560, *Hallal* : *JurisData* n° 2004-066277 ; Rec. CE 2004, p. 48 ; JCP A 2004, act. 1154.

9. Qui dispose que : « Lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision ».
10. CE, ass., 23 déc. 2011, n° 335033, *Danthonny et a.* : *JurisData* n° 2011-029061 ; JCP G 2012, note 558, D. Connil ; JCP A 2012, act. 10 ; Dr. adm. 2012, comm. 22, note F. Melleray ; JCP A 2012, 2089, note C. Broyelle.
11. V. pour l'application de ce principe au contentieux fiscal CE, sect., 16 avr. 2012, n° 320912, M. et M^{me} Meyer : *JurisData* n° 2012-009300 ; Dr. fisc. 2012, n° 27, comm. 366, concl. D. Hedary, note O. Fouquet.
12. Exerçant, ce faisant, ce que le professeur Gérard Timsit qualifie de fonctions de « transdiction » et de « transgression ».
13. CE, ass., 11 mai 2004, n° 255886, *Association AC !* : *JurisData* n° 2004-066645 ; Rec. CE 2004, p. 197. Cette jurisprudence permet au juge de faire ex ante ce que pourrait faire ex post une loi de validation : en s'octroyant les pouvoirs de moduler les effets dans le temps de ses propres décisions, le juge se comporte plus en législateur qu'en administrateur. Mais c'est pour éviter une ingérence du législateur susceptible de violer le principe de séparation des pouvoirs.
14. V. notamment CE, 21 janv. 2002, n° 234227, *Min. Aménag. terr. et env. c/ Sté Schweppe France* : *JurisData* n° 2002-063377 ; Rec. CE 2002, p. 13 ; JCP G 2002, IV, 2698 ; JCP E 2002, 342.

en aval du recours lui-même afin d'assurer la plus complète exécution de ces décisions. En le dotant du pouvoir d'injonction (articles L. 911-1 et L. 911-2 du Code de justice administrative), la loi du 8 février 1995 a notablement renouvelé son office. Saisi de conclusions en ce sens, le juge de l'excès de pouvoir se transforme en effet en juge de pleine juridiction chargé de prescrire à l'autorité administrative, au vu de l'instruction et à la date de sa décision, les mesures qui lui incombent de prendre pour exécuter la chose jugée. L'*imperium* s'agrège à la *jurisdictio* : l'administrateur-juge est devenu juge-administrateur. Le succès de la loi de 1995 et les bénéfices qui en ont été retirés en termes d'effectivité de l'intervention juridictionnelle ont conduit le juge à indiquer dans ses décisions, à l'administration, spontanément et de plus en plus fréquemment, les mesures qu'il lui incombe de prendre. La veine jurisprudentielle inaugurée par l'arrêt *Rodière* de 1925 a été notablement réactivée¹⁵. Plus encore, le juge de l'excès de pouvoir n'hésite plus, lorsque cela lui apparaît nécessaire, à indiquer que la décision attaquée, quoique légale à la date de son édicton, est devenue inexécutable à la date à laquelle il statue¹⁶. Cette faculté permet de remédier aux inconvénients attachés à la règle selon laquelle le juge de l'excès de pouvoir doit se placer à la date de la décision attaquée pour en apprécier la légalité au contraire du juge de plein contentieux qui se situe, dans certaines matières, à la date à laquelle il statue.

19 - Ces différentes évolutions révèlent que le juge de l'excès de pouvoir n'est plus seulement en charge du contrôle objectif de la légalité des actes administratifs. Relève désormais aussi de son office le souci de veiller à l'équilibre entre le principe de légalité, l'intérêt général et la sécurité juridique. La prise en compte des droits subjectifs des individus, qu'annonçait l'arrêt *Boussuge*, est désormais incluse dans cette appréciation – sans pour autant que le contentieux de l'excès de pouvoir soit assimilable à l'action en déclaration de droits que pratique notamment le contentieux administratif allemand.

20 - Cette profonde mutation, fondée sur la recherche de la plus grande efficacité, ne doit toutefois pas conduire à une omnipotence du juge de nature à mettre en cause sa légitimité. Fort opportunément, les nouvelles prérogatives du juge, qui s'exercent à la fois en amont, dans le cadre et en aval du recours pour excès de pouvoir, se sont accompagnées de nouveaux devoirs. Les cas d'application de l'article R. 611-7 du Code de justice administrative comme l'obligation faite au juge de verser au débat contradictoire sa propre initiative de recourir à la substitution de base légale ou à la modulation des

effets dans le temps de l'annulation témoignent de l'augmentation constante des garanties de procédure dont bénéficient les parties. Elles sont d'autant plus associées au déroulement du procès, dans le respect de l'égalité des armes, que le juge y intervient de manière proactive. Plus généralement, l'exigence d'une motivation plus détaillée et de décisions plus lisibles reflète le soin mis par le juge de l'excès de pouvoir à se faire pédagogue afin que ses décisions soient plus correctement exécutées. Il s'agit aussi d'une manière de mieux rendre compte de l'usage de ses pouvoirs afin que l'enrichissement de son office s'accompagne d'un renforcement de sa légitimité.

21 - Le rapprochement des offices du juge de l'excès de pouvoir et celui de pleine juridiction est tel qu'il n'est plus possible de qualifier le premier, au moyen d'un *a contrario* un brin provocateur, de « juge de moindre juridiction ». C'est heureux s'agissant d'une voie de recours qui constitue l'arme la plus puissante pour assurer le respect ou le rétablissement de la légalité. Surgit dès lors la question de la pertinence du maintien de la distinction des contentieux. Elle se pose avec d'autant plus d'acuité que les régimes de recours de plein contentieux se développent actuellement, à l'initiative du législateur (s'agissant par exemple des sanctions prononcées par l'Autorité des marchés financiers ou par l'Autorité de contrôle prudentiel) ou du juge lui-même¹⁷. Cette tendance annonce-t-elle la mort programmée du juge de l'excès de pouvoir qui serait voué à disparaître sous la triple action de la révolution de son office, de la réactivation de la pleine juridiction et surtout du mouvement de subjectivisation croissante du droit administratif ?

22 - Je ne le pense ni ne le souhaite. Le rapprochement des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux a certes atténué la distinction des contentieux, mais il n'en a pas effacé la pertinence

23 - Désormais doté de pouvoirs efficaces tout au long de la chaîne contentieuse, le juge de l'excès de pouvoir n'est pas pour autant devenu le juge de la situation litigieuse, placé dans la même situation que l'administration. La question qui lui est posée par le requérant reste celle du respect du droit par une décision administrative et non, comme en plein contentieux, celle de l'existence d'un droit. En outre, d'impérieux motifs de politique jurisprudentielle font, à mon sens, obstacle à ce que, dans certaines matières, le juge administratif dispose du pouvoir de substitution à l'administration. De ce point de vue, l'office du juge de pleine juridiction apparaîtrait particulièrement inadapté au contentieux des actes réglementaires. Enfin, des différences essentielles persistent telle la dispense du ministère d'avocat en premier ressort ou la large définition de l'intérêt pour agir qui contribuent, parmi d'autres caractéristiques, à garantir un accès ouvert et aisé au prétoire du juge de l'excès de pouvoir. Il faut veiller, comme l'affirmait Léon Aucoc, à ce que cette « soupape de sûreté » reste toujours ouverte. Cette dernière participe en effet directement à la garantie des droits en permettant au juge de l'excès de pouvoir de dire le droit, avec la portée générale qui s'attache à ses décisions, en même temps qu'il tranche le litige particulier qui lui est soumis.

15. V. notamment en 2001 les décisions *CE, ass., 29 juin 2001 n° 213229, Vassilikiotis* : *JurisData n° 2001-300030* ; *Rec. CE 2001, p. 303* ou *CE, sect., 25 juin 2001, n° 234363, Sté objet sportif Toulouse Football Club* : *JurisData n° 2001-062452* ; *Rec. CE 2001, p. 281* ; *JCP A 2008, act. 336*.

16. *CE, 21 mars 2001, n° 208541, Mathio Emma Essaka* : *JurisData n° 2001-062104* ; *Rec. CE 2001, p.150*. – *CE, 20 juin 2012, n° 346073, Min. Int. c/ Ketsopa* : *JurisData n° 2012-013532* ; *JCP A 2012, act. 456* : qui souligne bien la frontière de cette faculté avec l'exercice du pouvoir d'injonction : « qu'en enjoignant au préfet de police de délivrer à M^{me} Ketsopa une autorisation provisoire de séjour, la cour administrative d'appel, qui avait exactement relevé, ainsi qu'il lui était loisible de le préciser afin d'éclairer la portée de sa décision, que la naissance de l'enfant français de l'intéressée, postérieurement à l'arrêté attaqué, faisait obstacle à l'exécution de cette décision et obligation au préfet de police de réexaminer sa situation administrative, a entaché son arrêté d'une erreur de droit ».

17. par exemple, *CE, ass., 16 févr. 2009, n° 274000, Sté Atom* : *JurisData n° 2009-081445* ; *Rec. CE 2009, p. 25* ; *JCP A 2009, act. 261* ; *JCP A 2009, 2089* ; *RJEP 2009, comm. 30*, s'agissant des sanctions infligées par l'administration à un administré