

Section du contentieux

Séance du 12 novembre 2021
Décision du 19 novembre 2021

CONCLUSIONS

Mme Sophie Roussel, Rapporteure publique

1. Le juge de l'excès de pouvoir apprécie la légalité d'un acte administratif à la date à laquelle celui-ci a été pris.

Il n'est pas question aujourd'hui de vous proposer d'abandonner cette règle cardinale, aussi ancienne que le recours pour excès de pouvoir lui-même et à ce point évidente que, sans jamais la justifier, vous n'avez par le passé qu'exceptionnellement ressenti le besoin de la formuler¹.

Si l'on estime que l'objet de ce recours est l'acte administratif lui-même, de la même façon que l'objet du recours en cassation, dont la théorie de l'excès de pouvoir s'est dans les premiers temps inspirée², est la décision juridictionnelle, la gymnastique intellectuelle consistant pour le juge à se placer à la date d'édition de l'acte attaqué pour exercer son contrôle apparaît très cohérente : l'autorité administrative doit s'en tenir au droit et aux faits existants à la date d'édition de l'acte et c'est même le fait de fonder son appréciation sur de pures conjectures qui pourrait être constitutif d'un excès de pouvoir³.

1 Voir en particulier la décision de section du 22 juillet 1949, *Société des Automobiles Berliet*, n° 85735 et 86680, p. 368 : « Sur le moyen tiré de ce que le commissaire régional de la République aurait maintenu en vigueur l'arrêté attaqué après le rétablissement des communications avec l'autorité supérieure : – Cons. qu'un tel moyen est en tout état de cause inopérant en ce qu'il toute la légalité dudit arrêté, laquelle doit être appréciée à la date à laquelle il a été pris ; ». Voir aussi les décisions CE, 2 octobre 1968, *Hucleux*, p. 468 et CE Sect., 14 novembre 1969, *Houdebert*, p. 502, mentionnées par le président Odent dans son cours de contentieux administratif, Réed. Dalloz, 2007, tome II, p. 294

² On sait le poids de l'analogie avec le recours en cassation dans la construction de la théorie de l'excès de pouvoir. Voir à ce sujet, notamment, la thèse de Sabine Boussard, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'Etat : un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, Dalloz, 2002.

³ Pour un rappel de cette exigence : « il appartenait au préfet de statuer sur ladite demande dans les formes et selon les procédures prescrites par les lois et règlements en vigueur à la date de sa décision » : CE, 2 octobre 1968, *Hucleux*, p. 468.

Mais corréler de manière indépassable l'objet du recours pour excès de pouvoir à cette règle nous paraît trop réducteur par rapport à la fonction impartie à ce recours, qui n'est pas seulement disciplinaire. Un procès est certes fait à un acte, selon la célèbre formule d'Edouard Laferrière⁴. Mais la finalité de l'intervention du juge n'est pas l'acte lui-même, son maintien ou son annulation, la victoire du particulier ou celle de l'administration. Vos prédécesseurs l'ont affirmé solennellement dans l'arrêt *Dame Lamotte* en 1950 : le recours pour excès de pouvoir, ouvert même sans texte, est destiné à « *assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité* ».

Il n'est question dans cette définition ni d'annulation, ni de rétroactivité, ni de date à laquelle le contrôle juridictionnel est exercé, mais seulement de légalité. Les développements récents de votre office en matière de réfection des actes administratifs – neutralisation de motifs, interprétations neutralisantes, substitution de motifs, substitution de base légale, régularisation – et la levée, par la loi de 1995, de votre inhibition en matière d'injonction sont autant d'innovations au service de cette mission, qu'elles mettent tout particulièrement en lumière. L'horizon du juge de l'excès de pouvoir est ainsi, au-delà du contrôle de l'acte lui-même, de veiller au respect de la légalité, « *garantie essentielle des citoyens et de la cité* », pour emprunter les mots du commissaire du Gouvernement Delvolvé dans ses conclusions sur l'arrêt *Dame Lamotte*, ce qui implique, le cas échéant, de la rétablir si elle a été méconnue.

C'est pourquoi les critiques de ces techniques contentieuses, fondées sur le fait qu'elles permettent de désamorcer la sanction d'annulation *erga omnes* et déséquilibreraient de ce fait le procès dans un sens trop favorable à l'administration, ne nous paraissent pas méritées.

L'introduction d'un recours pour excès de pouvoir est certes la manifestation d'un rapport de force, mais sans vainqueur autre que la légalité, laquelle n'appartient pas plus aux individus qu'à la collectivité. Si, avec l'arrêt *Boussuge* (CE, 29 novembre 1912, p. 1128, GAJA 23^{ème} ed.), le Conseil d'Etat est revenu sur l'idée selon laquelle le contentieux de l'excès de pouvoir ne créait pas un litige entre parties, du moins pour l'application des règles en matière de tierce opposition (il a réaffirmé par la suite, à propos des règles en matière de désistement, que le recours pour excès de pouvoir ne fait pas naître un litige entre parties : CE Ass., 21 avril 1944, *Société Dockès frères*, p. 120), ce contentieux n'en conserve pas moins un caractère éminemment objectif. Est remarquable à cet égard, parmi d'autres manifestations⁵, l'absence de reconnaissance, dans le contentieux de la légalité, d'un principe général d'estoppel⁶, en vertu duquel une partie ne saurait se contredire dans la procédure contentieuse au détriment

⁴ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, éd. Berger-Levrault, 1887-1888, 1^{ière} éd., tome 1, p. 15.

⁵ Par exemple, l'impossibilité d'opposer l'acquiescement en excès de pouvoir : CE Ass., 19 novembre 1955, *Sieur Andréani*, n° 22263, p. 551 ; CE, 14 février 1968, *Bosquier*, n° 67721, p. 117.

⁶ En contentieux fiscal : CE, 1^{er} avril 2010, *SA Marsadis*, n° 334465, p. 93 ; en contentieux général : CE, 2 juillet 2014, *Société Pace Europe*, n° 368590, p. 206.

d'une autre partie : le respect de la légalité justifie que les requérants puissent faire feu de tout bois La conséquence de ce caractère objectif est l'autorité absolue, à l'égard de tous et non pas à l'égard du seul requérant, de l'annulation rétroactive d'un acte pour excès de pouvoir (CE Sect, 13 juillet 1967, *Ministre de l'éducation nationale c/ Ecole privée de filles de Pradelles*, p. 339).

La notion d'effet utile de votre intervention, déjà présente dans les cours du président Odent⁷ et expressément mobilisée par vous dans la décision d'assemblée du 19 juillet 2019, *Association des américains accidentels* (n°s 424216, 424217, p. 296) avant d'essaimer dans d'autres décisions, et à l'aune de laquelle vous définissez votre office, est elle-même une notion objective. Il ne s'agit pas de l'effet utile de votre intervention pour les seuls intérêts du requérant, ce qui serait la marque d'une véritable subjectivisation du recours pour excès de pouvoir⁸, mais de bien de l'effet utile de votre intervention pour le rétablissement de la légalité, vos décisions récentes ayant eu comme préoccupation que le chemin emprunté pour atteindre ce but soit le plus court possible.

2. L'évolution de jurisprudence que nous allons vous proposer de consacrer est un outil contentieux de plus au service la mission impartie au recours pour excès de pouvoir, que traduisent si bien les termes de l'arrêt *Dame Lamotte*.

Ne peut, en principe, dans le cadre de ce recours, être discutée autre chose que la légalité de l'acte *ab initio*.

Cette règle, dont l'effet est de cristalliser le cadre légal et factuel au vu duquel vous exercez votre contrôle à une date t, sans être optimale du point de vue du respect de la légalité qui est une exigence continue, n'est pas en soi choquante, dans la mesure où, par votre décision *Despujol* de 1930⁹, vous avez assez tôt donné aux administrés « *un moyen détourné mais néanmoins efficace* »¹⁰ de le faire abroger ou modifier, le refus ou le silence gardé sur cette demande permettant de lier le contentieux sur la question de la « *légalité actuelle du règlement* »¹¹, à toute époque devant l'auteur de l'acte, ou lorsque les circonstances invoquées résultent de l'intervention d'une loi ayant créé une situation juridique nouvelle, directement devant le juge, dans les deux mois suivant la publication de cette loi¹².

⁷ Raymond Odent, *Contentieux administratif*, préc., tome II, p. 302

⁸ Laquelle ne se manifeste pas, à nos yeux, par l'approche concrète de la légalité qu'a développée le juge de l'excès de pouvoir ces dernières années : caractère subjectif et caractère concret du contrôle de légalité ne sont pas synonymes.

⁹ CE Sect., 10 janvier 1930, *Despujol*, p. 30, au GAJA 23^{ème} ed. Arrêt dont on trouve une prémisse dans la décision CE, 26 janvier 1929, *Abbé Retailleau*, p. 108 : le Conseil d'Etat estime qu'il appartient au requérant d'adresser une demande à l'autorité administrative « *vis-à-vis de laquelle le refus ou le silence [...] pourrait permettre au juge de l'excès de pouvoir d'examiner actuellement la légalité* » de l'acte (réglementaire) en litige.

¹⁰ Note de P.-L. Josse, D. 1930.6.16 sur CE Sect., 10 janvier 1930, *Despujol*, GAJA 23^{ème} ed.

¹¹ Ibid.

Ce n'est pas un hasard si c'est sur le contentieux des refus de faire, qui n'a d'autre objet que de saisir cette « *légalité actuelle* », que votre office a récemment évolué, pour aller au bout de la logique *Despujol*. Considérant que le contentieux d'excès de pouvoir sur un refus, né dans un très grand nombre de cas de façon implicite, n'a d'autre portée que saisir la légalité pour l'avenir, avenir qui commence à la date de votre décision, vous avez fait le choix, que soit en cause la légalité du refus de prendre un acte réglementaire mais aussi celle du refus de prendre diverses mesures non réglementaires¹³ – sans que l'on sache encore si toutes les décisions de refus, notamment individuelles, sont dans le champ de cette évolution inaugurée par votre décision *Américains accidentels*¹⁴ – vous avez fait le choix d'exercer désormais votre contrôle de légalité au regard des règles applicables et des circonstances prévalant à la date de votre décision, qui est aussi, le cas échéant, celle du prononcé d'une éventuelle injonction, laquelle n'a plus besoin d'être sollicitée par le requérant mais relève désormais de votre office¹⁵.

¹² Cette seconde voie ouverte par l'arrêt *Despujol*, consistant en une réouverture des délais de recours, est mal connue. Elle a rapidement été abandonnée : voir CE, 5 novembre 1943, *Leneveu*, p. 243.

¹³ Refus d'abroger un acte réglementaire : CE Ass., 19 juillet 2019, *Association des Américains accidentels*, préc. ; CE, 4 octobre 2019, *Association Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*, n° 423647, p. ; refus de prendre des mesures justifiées, aux yeux des requérants, par l'application du principe de précaution : CE, 7 février 2020, *Confédération paysanne et autres*, n° 388649, p. ; refus de prendre les mesures permettant d'infléchir la courbe des émissions de gaz à effet de serre produites sur le territoire national : CE, 19 novembre 2020, *Commune de Grande-Synthe et autres*, n° 427301, p. ; refus d'adopter un acte de police sanitaire : CE, 23 décembre 2020, *M. G... et autres*, n° 431520, T. p. ; refus du pouvoir réglementaire de prendre les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi : CE, 27 mai 2021, *Association Compassion in World Farming France*, n° 441660, à mentionner aux tables ; refus de la CNIL de mettre en demeure l'exploitant d'un moteur de recherche de déréférencer des liens vers des pages web : CE, 6 décembre 2019, *Mme X.*, n° 391000, T. pp. 750-946 ; refus opposé à une demande de récupération d'aide d'Etat : CE, 18 mars 2020, *Région Ile-de-France*, n° 396651, T. p. ; refus d'abroger un décret d'extradition (acte non réglementaire) : CE, 10 juin 2020, *M. Z...*, n° 435348, p. ; refus d'abroger ou de modifier un acte de droit souple : CE, 23 décembre 2020, *Association Autisme espoir vers l'école*, n° 428284, p. ; refus de l'ACPR de mettre en œuvre son pouvoir de désigner un administrateur provisoire (I de l'art. L. 612-34 du code monétaire et financier) : CE, 25 mars 2021, *Société Interhold*, n° 438669, T. p. ; refus de l'autorité compétente de supprimer une mention dans un traitement de données : CE, 10 juin 2021, *M. B-G...*, n° 431875, T. p. ; refus de faire droit à une demande de consultation anticipée d'archives du Président de la République et des membres du Gouvernement : CE Ass., 12 juin 2020, *M. G...*, n°s 422327 et 431026, p. 213 ; refus opposé à une demande de dérogation à l'interdiction d'utilisation d'un produit phytopharmaceutique : CE, 12 juillet 2021, *Association générale des producteurs de maïs*, n° 427387, à mentionner aux tables ; refus de communication de documents administratifs : CE, 1^{er} mars 2021, *Mme H...*, n° 436654, à mentionner aux tables.

¹⁴ Que préfiguraient déjà quelques jalons contentieux. Nous pensons en particulier aux décisions CE, 30 mai 2007, *V C...*, n° 268230, T. pp. 664-673-1033, CE, 30 mars 2017, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, n° 395126, T. pp. 448-452-660-718-755 et à la décision, s'agissant des règles en matière de non-lieu, CE Sect., 5 octobre 2007, *Ordre des avocats du barreau d'Evreux*, n° 282321, p. 411.

¹⁵ 2^{ème} alinéa des articles L. 911-1 et L. 911-2 du code de juridiction administrative, créés par la loi n° 2019-22 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Lorsqu'en revanche l'objet du litige n'est pas un refus de faire mais un acte positif, le seul débat que les requérants peuvent à ce jour utilement porter devant le juge de l'excès de pouvoir est, à une exception près – nous pensons à la décision *S...*¹⁶ du 28 février 2020 sur laquelle nous reviendrons – celui de la légalité *ab initio* de cet acte. Le moyen tiré de ce que des circonstances postérieures l'ont rendu illégal est, en l'état de votre jurisprudence, inopérant au soutien de conclusions d'annulation (CE Sect., 22 juillet 1949, *Société des Automobiles Berliet*, n° 85735 et 86680, p. 368)¹⁷. Et l'issue de ce débat contentieux binaire : le rejet ou l'annulation rétroactive, dont la conséquence est, en principe, c'est-à-dire sous réserve du tempérament apporté par votre décision *Association AC !*¹⁸, que l'acte est réputé n'être jamais intervenu¹⁹.

Il arrive pourtant, quoique les délais de jugement se soient, à l'échelle de l'ensemble de la juridiction administrative, considérablement raccourcis, que des circonstances de fait ou de droit nouvelles altèrent la légalité de l'acte en litige avant même qu'il ait été statué sur les conclusions d'annulation. Le juge de l'excès de pouvoir est-il condamné, dans une telle configuration, à garder des œillères sur le présent et à rester imperméable à l'écoulement du temps, quand la légalité de l'acte sur lequel doit ne prononcer, elle, ne l'est pas et que les requérants qui l'ont saisi s'en plaignent ?

3. C'est la question du jour.

Elle ne peut être résolue de façon satisfaisante par le seul constat du caractère immuable de la règle, présentée comme l'un des critères de distinction entre le recours pour excès de pouvoir et certains recours de pleine juridiction, selon laquelle la légalité d'une décision est appréciée au regard de la situation existant et des règles de droit applicables au jour où cette décision a été prise.

Le rapport au temps des justiciables et de leur juge a changé. Il faut, au risque d'une justice administrative perçue comme étant coupée du contexte dans lequel elle rend ses décisions, privilégier une approche fonctionnelle du recours pour excès de pouvoir sur une conception figée de l'orthodoxie conceptuelle.

Les justiciables ont, avec l'essor des procédures de référés issues de la loi du 30 janvier 2000²⁰ pris l'habitude d'une réponse juridictionnelle en prise avec l'actualité, débarrassée pour partie

¹⁶ N° 433886, p.

¹⁷ C. Heumann, conclusions sur la décision CE, 21 décembre 1956, *Sieur Pin*, D. 1957, p. 75 : « d'après un principe général maintes fois rappelé par la jurisprudence, la circonstance ou les faits postérieurs à l'acte administratif n'exercent aucune influence sur la légalité de celui-ci, qui s'apprécie à la date à laquelle il a été pris ».

¹⁸ Un tempérament a été apporté par la décision CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, p. 197.

¹⁹ CE 26 décembre 1925, *Rodière*, p. 1065, au GAJA 23^{ème} ed.

²⁰ Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

de son formalisme procédural. Et lorsqu'ils portent leurs affaires jusque devant la Cour européenne des droits de l'homme, celle-ci n'enferme pas, de manière systématique, son appréciation dans le passé. Le juge administratif quant à lui appréhende la légalité de façon plus concrète, qu'il s'agisse de déterminer le champ des actes susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (mesures d'ordre intérieur, actes de droit souple) ou des effets de son intervention, dont il mesure la portée à la date de sa décision (pouvoir d'injonction, modulation dans les temps des effets de l'annulation, modulation dans le temps des revirements de jurisprudence).

Compte tenu de ces attentes des justiciables et des évolutions récentes de l'office du juge, avec lesquelles la médiatisation croissante de l'action des juridictions administratives entre en résonance, ne permettre devant le juge de excès de pouvoir, alors pourtant qu'il est saisi et qu'un débat contradictoire avec l'auteur de l'acte est déjà engagé, qu'un débat sur la légalité passée d'un acte, que seul le détour formel, pour ne pas dire formaliste, par une demande d'abrogation traitée de façon implicite permet dépasser, ne nous paraît pas satisfaisant. Le risque est celui d'une démonétisation du recours pour excès de pouvoir, au profit notamment des procédures de référés, alors même que les modalités et l'étendue de votre contrôle juridictionnel, dans le cadre de ces procédures, ne sont pas équivalents.

4. La question n'est pas seulement théorique.

Le présent litige, qui concerne la liste, établie par le conseil d'administration de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA), des pays de provenance des demandeurs d'asile considérés comme d'origine sûrs (l'inscription du pays sur la liste permettant le traitement des demandes d'asile présentées par ses ressortissants selon la procédure accélérée), montre bien que la situation d'un pays justifiant son inscription au vu « *de la situation légale, de l'application du droit dans le cadre d'un régime démocratique et des circonstances politiques générales* » (art. L. 531-25 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, dit CESEDA), légale à une date t, peut, alors même que le pays est considéré comme stable et que l'état de droit y est suffisamment garanti, assez rapidement se dégrader, au point que l'inscription légalement justifiée hier peut ne plus l'être à la date à laquelle le juge statue sur les conclusions d'annulation.

Les mesures de police, locales ou nationales, réglementaires ou individuelles, et globalement, toutes les décisions dont la proportionnalité – exigence nécessairement contingente perméable à l'écoulement du temps – est une condition de la légalité, sont ainsi particulièrement susceptibles d'être affectées, à plus ou moins bref délai, par l'apparition de circonstances nouvelles. Les mesures prises dans le cadre de la lutte contre l'épidémie de covid-19 depuis mars 2020 l'ont suffisamment montré.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Rares en réalité sont les actes dont la légalité est entièrement à l'abri d'un changement de circonstances de droit ou de fait. Seules les décisions individuelles créatrices de droit non conditionnels²¹ sont, par nature, insusceptibles de voir leur légalité affectée par des circonstances postérieures²², en raison de la protection accordée aux droits que ces décisions ont pu créer au profit de leurs bénéficiaires, dits droits acquis.

Nous trouverions, au vu de ces considérations, regrettable de refuser d'envisager, par attachement à une règle certes ancienne mais entièrement à votre main, la recevabilité de conclusions fondées sur la survenance, postérieure à l'acte en litige, de circonstances de droit ou de fait ayant altéré sa légalité, présentées à titre subsidiaire par rapport aux conclusions principales tendant à l'annulation rétroactive de l'acte.

Il va de soi que la sanction juridictionnelle, s'il était fait droit à ces conclusions subsidiaires, ne pourrait être l'annulation rétroactive de l'acte devenu illégal. Les exigences de sécurité juridique interdisent en effet de considérer comme nul *ab initio* un acte pris conformément à la légalité existant lors de son édicton²³ ; légalité et sécurité juridique, pour une fois, se rejoignent. La décision du juge qui ferait droit à ces conclusions subsidiaires, adossées à un changement de circonstance postérieur à l'acte en litige, ne pourrait être, en effet qu'une annulation pour l'avenir, autrement dit une abrogation, selon un vocable normalement réservé à l'administration, à compter soit de la survenance de l'illégalité, soit de la date de la décision du juge, c'est un point sur lequel nous reviendrons.

Et il va de soi que cette abrogation juridictionnelle n'a de sens que si l'acte attaqué produit encore des effets à la date à laquelle le juge statue, c'est-à-dire qu'il n'ait été ni annulé (c'est le sens du caractère subsidiaire des conclusions), ni abrogé postérieurement à l'introduction de la requête, l'administration ayant toujours la faculté de provoquer un non-lieu dans l'hypothèse où elle aurait été convaincue par les écritures du requérant.

5. Symboliquement important, le pas à franchir n'est en pratique pas si grand, compte tenu des évolutions déjà consenties et des difficultés déjà surmontées.

En premier lieu, que soit en cause la légalité d'actes réglementaires ou non réglementaires, vous vous êtes déjà autorisés, en dehors des contentieux noués sur des refus²⁴ et alors même

21 C'est-à-dire celles qui ne sont pas dans le champ de la dérogation prévue à l'article L. 242-2 du code des relations entre le public et l'administration (décisions créatrice de droit dont le maintien est subordonné à une condition qui n'est plus remplie et subvention lorsque les conditions mises à son octroi n'ont pas été respectées)

22 L'annulation d'un règlement est ainsi sans effet sur les décisions individuelles créatrices de droit devenues définitives : CE Sect., *Sieur Quériaud*, p. 245.

23 J.-M. Auby, « L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux », *Rev. Dr. publ.* 1959. 431 à 460.

24 En dehors, donc, du mouvement inauguré par la décision CE, 30 mai 2007, *V C...*, n° 268230, T. pp. 664-673, dont le point d'arrivée est la décision *Américains accidentels*.

que vous rejetiez des conclusions d'annulation rétroactives fondées sur la contestation de la légalité *ab initio* de l'acte en litige, des incursions sur la question de sa légalité postérieure, en émettant des alertes par voie d'*obiter dictum* à l'attention de l'administration dans les motifs de vos décisions.

Voyez votre décision *V...* du 28 juin 2002 (CE Ass., n°s 220361 et 228325, p. 229), à propos d'une loi ayant créé une situation juridique nouvelle, sans pour autant rendre par elle-même inapplicables des dispositions réglementaires incompatibles avec elle, et de l'obligation rappelée à l'administration dans les motifs de votre décision d'apporter à la réglementation, dans un délai raisonnable, les modifications rendues nécessaires, ce délai raisonnable n'étant pas encore expiré à la date à laquelle la circulaire attaquée avait été prise. Ou encore la décision *Commune de Crégols*, (CE, 31 août 2009, n° 296458, p. 343) dans laquelle vous avez indiqué, certes dans le cadre d'une action en responsabilité, que l'apparition d'éléments postérieurs à la mesure de police critiquées montrant qu'elle est devenue inutile est sans incidence sur sa légalité à la date à laquelle elle a été prise mais entraîne l'obligation de l'abroger ou de l'adapter²⁵. Ou encore, plus topique, votre décision du 21 mars 2001, *Mme M E E...*, (n° 208541, p. 150), à propos d'un arrêté de reconduite à la frontière, légal à la date à laquelle il a été pris mais devenu inexécutable en raison du mariage, postérieur, de l'intéressé avec un ressortissant français²⁶.

Force est de constater que le raisonnement consistant à apprécier l'incidence de circonstances postérieures sur l'acte en litige ne vous est pas étranger, sans pour autant que vous puissiez en tirer des conséquences contraignantes pour l'administration, puisque vous admettez la légalité *ab initio* de la décision attaquée et rejetez les conclusions d'annulation rétroactives, sans pouvoir dans le cadre d'un dispositif de rejet prononcer aucune injonction²⁷. Sans traduction dans le dispositif de vos décisions, et donc sans l'autorité qui s'attache à la chose jugée²⁸, ces réponses juridictionnelles ne sont ainsi pas entièrement satisfaisantes pour l'effectivité du principe de légalité que le recours pour excès de pouvoir vise à garantir.

²⁵ Voir aussi, suivant la même logique en dehors d'une action indemnitaire, la décision CE, 18 juillet 2018, *M. G...*, n° 418844, p. , à propos de la suspension d'un professeur des universités.

²⁶ Voir aussi, toujours pour des arrêtés de reconduite à la frontière : CE, 7 avril 2006, *Préfet du Val-d'Oise c/ Mme E...*, n° 274713, T. pp. 686-896-900-901 ; pour le cas d'une assignation à résidence prise en vue de l'exécution d'une obligation de quitter le territoire français, devenue inexécutable en raison de changement de circonstances postérieures : JRCE, 8 mars 2016, *Mme L...*, n° 397206, T. pp. 792-793-877.

²⁷ Vous jugez en effet qu'une décision rejetant des conclusions d'annulation n'appelle aucune mesure d'exécution, critère énoncé aux articles L. 911-1 et 2 du code de justice administrative pour déclencher le prononcé d'une injonction : CE, 27 mars 1995, *Heulin*, n° 107274, p. 141 ; CE, 7 avril 1995, *SU...*, n° 154129, p. 158. Voir la censure pour erreur de droit d'une cour administrative d'appel avait enjoint, dans le dispositif de son arrêt, la délivrance d'une autorisation provisoire de séjour après avoir constaté dans les motifs que la naissance d'un enfant français faisait obstacle à l'exécution de la décision d'éloignement attaquée et obligation au préfet de police de réexaminer sa situation administrative : CE, 20 juin 2012, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration c/ Mme Ketsopa*, n° 346073, T. pp. 797-927-932.

²⁸ Qui s'apprécie au regard du dispositif, éclairé par les motifs qui en sont le soutien nécessaire

Vous avez en deuxième lieu déjà surmonté, dans plusieurs configurations contentieuses nées d'évolutions législatives – pouvoir d'injonction²⁹, référé d'urgence – ou jurisprudentielles – évolution de votre office de juge de l'excès de pouvoir lorsque vous êtes saisis d'un refus, dont la matrice est la décision *Américains accidentels* – toute une série de difficultés, liées à l'absence de prise du juge sur l'écoulement du temps, difficultés que l'on retrouve dans la solution que nous préconisons mais aussi en plein contentieux.

Vous avez d'abord nécessairement admis, face à des circonstances de droit mais surtout de fait par construction contingentes, que le délai de jugement d'une affaire puisse avoir une incidence sur le sens de votre décision : plus l'affaire est jugée vite et moindre est le risque d'un décalage entre la situation, légale et factuelle, existant à la date à laquelle l'acte attaqué a été pris et celle existant à la date à laquelle vous statuez.

Vous avez également accepté les difficultés d'instruction liées à l'absence de cristallisation dans le temps des éléments du débat contentieux. Vous êtes par exemple conduits, dans ces configurations contentieuses, à apprécier la portée d'arguments factuels, par définition évolutifs et parfois très techniques, qui n'ont pas fait l'objet d'une prise de position de l'administration avant d'être présentés devant votre prétoire et versés au débat contradictoire : voyez par exemple le contentieux qui s'est noué sur le refus de la Haute autorité de santé de modifier ses recommandations de bonne pratique à destination des professionnels de santé (CE, 23 décembre 2020, *Association autisme espoir vers l'école*, n° 428284, p.).

Vous admettez en outre dans ces configurations une certaine forme d'imprévisibilité dans l'instruction des affaires, qui vous contraint à une gestion plus dynamique des dossiers. Examiner la légalité d'un acte au vu des circonstances de droit et de fait en vigueur à la date à laquelle il statue suppose nécessairement, pour le juge, d'assumer le risque de voir l'organisation de la chaîne contentieuse perturbée par des éléments qui ne sont pas à sa main : la survenance d'une circonstance nouvelle de nature à altérer la légalité de l'acte en litige n'est en effet pas arrêtée par le couperet de la date de clôture de l'instruction fixée par le juge. Mais, outre que vous rencontrez déjà cette situation dans le cadre du contentieux des refus régis par la jurisprudence *Américains accidentels*, dans le cadre de votre pouvoir d'injonction et en référé, vous avez déjà à disposition, avec la jurisprudence *Y...* sur les productions postérieures à la clôture de l'instruction (CE Sect., 5 décembre 2014, n° 340943, p. 369), le

²⁹ Par exemple : CE, 12 juillet 2017, *Association Les amis de la terre*, n° 394254, p. 229 : pour prononcer l'injonction après avoir annulé, en se remplaçant dans les conditions à la date à laquelle il est intervenu, le refus implicite du Premier ministre de prendre les mesures permettant de ramener les concentrations en particules fines et en dioxyde d'azote à l'intérieur des valeurs limites fixées par la directive 008/50/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 concernant la qualité de l'air ambiant et un air pur pour l'Europe, le Conseil d'Etat diligente une mesure d'instruction et constate qu'à la date du prononcé de son injonction, les valeurs limites ne sont plus dépassées dans quatre des seize zones concernées à la date du refus attaqué.

cadre permettant au juge de gérer, d'un point de vue procédural, cette absence de cristallisation.

En troisième et dernier lieu, saisi en excès de pouvoir de la légalité de la suspension à titre conservatoire d'un joueur de rugby par l'Agence de lutte contre le dopage dans l'attente d'une procédure disciplinaire, vos 2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies, conformément à la proposition du rapporteur public Guillaume Odinet, ont lancé un ballon d'essai dans ce sens³⁰. Par une décision S... du 28 février 2020 (n° 433886, p.), vous avez jugé, mobilisant l'effet utile du recours³¹, « *qu'il appartient en outre [en outre d'apprécier la légalité de la mesure à la date de son édicton] au juge de l'excès de pouvoir, saisi de conclusions en ce sens, d'apprécier la légalité de la décision à la date où il statue et, s'il juge qu'elle est devenue illégale, d'en prononcer l'abrogation*³² ». Vous n'avez dans cette décision pas hésité à juger le détournement par la demande d'abrogation devant l'auteur de la décision excessivement formaliste, dans une hypothèse où l'écoulement du temps à lui-seul, indépendamment de toute autre circonstance, était de nature à modifier l'appréciation portée sur la proportionnalité de cette mesure de police. C'est l'exception que nous mentionnions tout à l'heure, demeurée à ce jour isolée, réserve faite d'une décision inédite de la 1^{ère} chambre jugeant-seule du 31 mars 2021, *Association Civitas*, n° 441619, dans laquelle n'avez pas écarté comme irrecevables des conclusions tendant à ce que vous annuliez, à compter de la date de votre décision, les dispositions d'un arrêté du ministre de la santé du 23 mars 2020 relatives aux modalités d'accès à l'interruption volontaire de grossesse par voie médicamenteuse pendant l'état d'urgence sanitaire, votre décision relevant (point 10) que les prescriptions issues de cet arrêté étaient nécessaires à la date de leur adoption et le demeuraient, à la date de la présente décision. Il est vrai que vous étiez également saisi d'un refus d'abrogation, et que vous avez apporté une réponse commune.

6. Alors même que vous partageriez avec nous la conviction que cette évolution est utile, pour les justiciables, pour le juge et pour la perception de la justice administrative par la société, que vous conviendriez que votre jurisprudence récente vous y conduit assez naturellement, vous pourriez néanmoins vous interroger sur le partage des rôles entre l'administration et son juge qui en résulterait.

D'aucuns pourraient estimer en effet qu'en autorisant un requérant à contester une décision prise à un instant t en invoquant une circonstance apparue à l'instant t + 1, sans avoir

³⁰ Guillaume Odinet, « Le juge de l'excès de pouvoir peut abroger la suspension d'un sportif si elle est devenue illégale à la date où il statue », *Droit administratif*, n° 10, octobre 2020, comm. 43.

³¹ Nous pensons, compte tenu de ce que nous avons exposé en introduction de nos conclusions, qu'il aurait été plus approprié de vous référer à l'effet utile de votre intervention plutôt qu'à l'effet utile du recours, qui accrédite l'idée que cet effet utile est exclusivement apprécié à l'aune des intérêts du requérant.

³² Premier emploi de la notion d'abrogation juridictionnelle, jusqu'alors refusé : voir la décision du 20 mars 2013, *Syndicat professionnel Confédération des producteurs de papiers, cartons et celluloses (COPACEL) et autres*, n° 351252, inédite.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

auparavant provoqué une prise de position de l'administration, fût-elle implicite, vous seriez conduit à méconnaître l'obligation de liaison préalable du contentieux rappelée à l'article R. 421-1 du code de justice administrative et à exercer des pouvoirs, étrangers au juge de l'excès de pouvoir, se rapprochant de ceux d'un administrateur, véritable frontière avec la pleine juridiction.

Tel n'est pas le cas.

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 vous vous autorisez à exercer votre contrôle juridictionnel, si le requérant vous y invite, sur la légalité de cette décision dans un intervalle temporel – celui qui sépare la date d'édition de cet acte de la date à laquelle vous statuez – plutôt qu'à une date donnée.

Le caractère subsidiaire de ces conclusions d'abrogation est déterminant dans cet équilibre. La physionomie du litige – son périmètre matériel – reste cristallisé par les conclusions présentées à titre principal, ce qui garantit qu'un requérant n'utilise pas cette faculté nouvelle pour s'extraire de façon systématique de l'obligation qu'il a de lier le contentieux par une demande présentée devant l'administration. Par ailleurs, le régime de recevabilité des conclusions subsidiaires suit celui des conclusions principales, que ce soit en matière d'intérêt pour agir ou encore de tardiveté.

Plus fondamentalement, quoique le terme « abrogation » ne figure pas dans le code de justice administrative mais dans celui des relations entre le public et l'administration, c'est bien d'une abrogation juridictionnelle dont il est question, autrement dit une annulation sans effet rétroactif³³, dans le cadre d'une procédure contradictoire de nature juridictionnelle ayant pour objet la légalité d'un unique acte. Il serait erroné de comprendre notre proposition comme greffant une procédure administrative à une procédure juridictionnelle, comparable à certains égards au mécanisme de régularisation devant le prétoire organisé par l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme en matière de permis de construire. Les conclusions d'abrogation présentées au juge de l'excès de pouvoir ne doivent pas selon nous être assimilées à une demande retransmise à l'administration compétente via le débat contradictoire et qui, sans réponse au terme d'un délai de deux mois³⁴, ferait naître une autre décision que celle attaquée – un refus d'abroger – liant le contentieux postérieurement à l'introduction de la requête, ainsi

³³ Ce que vous avez *de facto* admis avec la jurisprudence *AC* !. Nous citons Jacques Arrighi de Casanova, dans son article « Les habits neufs du juge administratif » publié dans les *Mélanges* en l'honneur du président Labetoulle : « *il est clair qu'en adoptant la jurisprudence AC, le Conseil d'Etat reconnaît au juge de l'excès de pouvoir un pouvoir d'abrogation, au surplus à effet différé, que seule l'administration et le juge de plein contentieux pouvaient exercer.* » (p. 15).

³⁴ Selon les règles régissant les décisions implicites énoncées au Titre III du livre II du code des relations entre le public et l'administration.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

que votre jurisprudence l'admet de façon extrêmement souple depuis la décision du 11 avril 2008, *Etablissement français du sang*, n° 281374, p. 168.

Dès lors qu'il ne s'agit pas de greffer un litige relatif à un refus d'abroger sur un litige tendant à l'annulation d'un acte positif, ces conclusions d'abrogation, quoiqu'elles conduisent le juge à se placer dans une temporalité autre que celle du jour de l'édiction de l'acte, ne sont pas d'une nature différente des conclusions d'annulation principales. Elles portent matériellement sur le même acte : le périmètre matériel du débat contentieux est cristallisé dès l'expiration du délai de recours. Elles poursuivent le même objectif : rétablir la légalité méconnue. Et le moyen d'atteindre cet objectif est le même : il est toujours question de faire disparaître *erga omnes* de l'ordonnancement juridique, par l'effet de la décision du juge, l'acte jugé illégal. Si bien que vous pouvez reconnaître aux requérants la faculté de présenter ces conclusions à titre subsidiaire après l'expiration du délai de recours contentieux, jusqu'à la date de la clôture de l'instruction et pour la première fois en appel, sans déroger au principe de l'immutabilité des conclusions, gage tout à la fois du bon déroulement du procès de première instance et du respect du double degré de juridiction, en ce qu'il garantit que le litige soumis aux juges d'appel correspond bien, dans son étendue et sa portée, à celui dont les premiers juges ont eu à connaître. C'est sur la faculté donnée au requérant de présenter ces conclusions jusqu'au jugement définitif de son affaire que repose l'intérêt du dispositif.

Admettre la recevabilité de telles conclusions pour la première fois en appel, qui ne sont pas des conclusions nouvelles mais les mêmes conclusions soumises au premier juge, temporellement augmentées, est par conséquent sans incidence sur la faculté de recourir aux ordonnances du 9^{ème} alinéa de l'article R. 222-1 du code de justice administrative lorsque la requête est manifestement dépourvue de fondement. Dès lors que la circonstance sur laquelle elles s'adossent est postérieure à la première instance, elles ne peuvent certes pas critiquer le jugement rendu en première instance ; mais elles discutent toujours de la légalité du même acte et peuvent potentiellement conduire à la réformation du jugement de première instance, en remplaçant un dispositif de rejet voire d'annulation par un dispositif d'abrogation, autrement dit par un dispositif d'annulation pour l'avenir.

7. Au vu de ces dernières précisions, vous pourriez estimer qu'il serait plus clair de vous appuyer sur la notion de moyens plutôt que celle de conclusions.

Il est vrai que ces conclusions à fin d'abrogation ne peuvent être utilement servies que par un nombre de moyens très limité : seuls des moyens fondés des circonstances de droit ou de fait postérieures affectant la légalité interne de l'acte en litige, par la remise en cause de ses motifs ou de sa base légale, peuvent conduire le juge à constater qu'un acte, légal à la date à laquelle il a été édicté, est devenu illégal à la date à laquelle il statue. Moyens et conclusions, matériellement, se rejoignent donc très largement.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Or raisonner en termes de moyen présenterait l'avantage de faire apparaître de façon plus évidente que c'est bien le même acte qui constitue l'objet du litige, et qu'il ne s'agit pas d'incorporer dans un premier litige dirigé contre un acte « positif » un second litige, distinct, contre un refus de l'abroger né directement devant le prétoire. Nous relevons que les règles de recevabilité que nous vous proposons de retenir – possibilité de soulever des circonstances nouvelles jusqu'à la clôture de l'instruction et recevabilité pour la première fois en appel, dès lors que la cause juridique à laquelle ces circonstances se rattache (la légalité interne) a été discutée devant le premier juge – sont celles appliquées aux moyens.

Vous avez enfin déjà pris acte de ce que, en contentieux d'excès de pouvoir, tous les moyens n'ont pas la même force de frappe juridique. En témoigne votre décision *Société Eden* (CE, 21 décembre 2018, n° 409678, p. 468, GAJA 23^{ème} ed.), par laquelle vous avez rappelé que « *la portée de la chose jugée et les conséquences qui s'attachent à l'annulation prononcée par le juge de l'excès de pouvoir diffèrent (...) selon la substance du motif qui est le support nécessaire de l'annulation. C'est en particulier le cas selon que le motif retenu implique ou non que l'autorité administrative prenne, en exécution de la chose jugée et sous réserve d'un changement des circonstances, une décision dans un sens déterminé.* ». Pourrait sans difficulté s'ajouter à cet énoncé le cas du motif accueillant un moyen tiré de circonstances postérieures, qui implique seulement l'abrogation de l'acte en litige, sans rétroactivité.

Si nous nous référons à la notion de conclusions, c'est d'abord par fidélité à ce que vous avez décidé dans votre décision S..., (n° 433886) qui a été publiée au recueil.

Il nous semble ensuite que le passage par la notion de conclusion présente l'intérêt de séquencer de façon plus nette les questions posées au juge – la légalité *ab initio*, la légalité actuelle – et rend plus lisible votre office.

Vous avez enfin admis par la décision *Société Eden* qu'un requérant puisse hiérarchiser sa demande en raisonnant par rapport aux conclusions du demandeur, ou à la cause juridique sous-tendant à titre principal sa demande, et non par rapport aux moyens pris chacun isolément. Dans le cadre de l'évolution que nous proposons, raisonner en termes de moyens impliquerait nécessairement que vous admettiez une hiérarchie des moyens. Nous n'imaginons pas en effet que soit laissé à la discrétion du requérant ou même à la discrétion du juge le choix d'accueillir un moyen tiré de ce que l'acte est devenu illégal, ce qui implique seulement son abrogation par le juge, quand un autre moyen, tiré de son illégalité *ab initio* serait également fondé, dont la sanction juridictionnelle est l'annulation rétroactive. L'effectivité du principe de légalité, alors que l'acte a été attaqué dans le délai de recours, impose que la priorité soit donnée, dans les cas où plusieurs moyens pourraient être accueillis, à l'annulation rétroactive, qu'il n'est pas question d'abandonner, sur l'abrogation et ce en dépit de l'effet nécessairement attractif, car en prise directe avec l'actualité, du débat sur la légalité actuelle.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

En réalité, l'enjeu de cette qualification – conclusion ou moyen – est surtout d'ordre symbolique, puisque sans conséquence sur les règles de recevabilité, et nous avons conscience qu'il y a matière à hésiter. Mobiliser la notion de conclusion met l'accent sur l'intervention demandée au juge et le dispositif de la décision juridictionnelle (annulation/abrogation), quand celle de moyens éclaire davantage les causes de l'intervention du juge (légalité *ab initio*, légalité contemporaine). Nous privilégions la première approche sur la seconde, étant entendu que, dans un cas comme dans l'autre, le libéralisme qui est le vôtre en excès de pouvoir vous conduira en tout état de cause à considérer que des conclusions ont été présentées là où les écritures ne feraient état que de circonstances postérieures ayant en tout état de cause rendu la décision illégale ou, en sens inverse, à voir des moyens là où le requérant, formellement, se réfère à des conclusions.

8. N'est pas seulement symbolique en revanche la question du point de départ de l'abrogation prononcée par le juge s'il décide d'accueillir le moyen, présenté dans le cadre de conclusions subsidiaires, tiré de la survenance de circonstances postérieures à l'édition de l'acte : la date à laquelle l'acte en litige est devenu illégal ou la date à laquelle il statue.

La première option implique que le juge soit capable de dater avec précision le moment où l'acte en litige est devenu illégal, afin de faire partir l'annulation qu'il prononce à compter du fait générateur de l'illégalité, avec le cas échéant une dimension partiellement rétroactive lorsque ce fait générateur est antérieur à la date de la décision du juge. Lorsque sera en cause l'apparition d'une circonstance de droit nouvelle, cet exercice, de datation en quelque sorte, ne posera aucune difficulté. Tel ne sera pas le cas face à une évolution dans les circonstances de fait, hypothèse potentiellement la plus fréquente pour les actes dont la proportionnalité est une condition de leur légalité, d'autant que cette évolution devra être suffisamment notable pour affecter la légalité d'un acte légalement pris et justifier qu'il soit fait droit aux conclusions d'abrogation : ce pourra être un événement donné de grande portée, facilement datable, mais ce pourra être aussi l'accumulation de modifications successives plus modestes.

La seconde option³⁵ consiste à faire disparaître l'acte devenu illégal à compter du jour de la décision du juge. Sans doute cette option n'est-elle pas, dans l'absolu, la plus satisfaisante du point de vue du respect de la légalité, en ce qu'elle ne permet pas de faire disparaître rétroactivement les effets de l'acte à compter du jour où il est devenu illégal, ce que vous pratiquez au demeurant déjà dans le cadre de votre jurisprudence *AC* !. Il faut toutefois rappeler que, dans l'hypothèse où vous ne consentiriez pas à l'évolution proposée, le passage par le contentieux du refus d'abrogation ne permet pas non plus de faire disparaître

³⁵ Il nous semble que la tierce option, qui consisterait à proposer une distinction selon que sont en cause des circonstances de droit (aisément datables), ou de fait serait excessivement sophistiquée. Nous relevons à cet égard que la distinction qui avait été imaginée dans la décision *Despujol* suivant la même logique n'a pas survécu.

rétroactivement l'acte devenu illégal (pas plus d'ailleurs que l'abrogation prononcée par le Conseil constitutionnel lorsqu'une disposition législative est déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution). C'est la raison pour laquelle le choix, discrétionnaire, de ne sanctionner une illégalité survenue postérieurement à l'édiction d'un acte qu'à compter de la date à laquelle le juge statue, qui évite une trop grande sophistication de votre office, quoiqu'un peu fruste, nous paraît admissible.

8. Nous n'excluons toutefois pas que, dans certains cas, une abrogation juridictionnelle avec effet immédiat, c'est-à-dire dès la date à laquelle votre décision est rendue publique, soit, au regard de la portée de l'acte en litige ainsi que des divers intérêts publics et privés en présence, excessivement brutale et que l'intérêt général ne justifie pas, parfois, le maintien temporaire des effets d'un acte dont vous avez pourtant constaté l'illégalité.

Il n'y a à cet égard pas de raison d'exclure d'appliquer votre jurisprudence *AC !*³⁶, non pas dans son volet dérogation au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses, qui est sans objet puisque, si vous nous avez suivie sur le point précédemment abordé, l'abrogation juridictionnelle est par construction dépourvue de tout effet rétroactif, mais en tant qu'elle permet au juge de décider que l'abrogation qu'il prononce ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine. Le cas où l'abrogation juridictionnelle d'une disposition réglementaire à effet immédiat créerait un vide portant atteinte à l'intérêt général, rendant nécessaire l'octroi d'un délai, plus ou moins long, pour permettre à l'administration de concevoir un nouveau dispositif, n'est pas virtuel. Les conditions d'élaboration du nouvel acte, pris conformément aux règles de fond mais aussi de compétence, formes et procédures – consultations, délibération collégiale, etc. – en vigueur à la date de son édiction sont susceptibles d'avoir une incidence sur la durée du différé d'abrogation que vous pourrez consentir. Votre décision pourra faire référence à ce pouvoir de modulation, sans toutefois que la rédaction du considérant de principe de votre décision *AC !*, qui accorde une large place à la rétroactivité, puisse être reproduite à l'identique. Que l'on ne s'y trompe pas : en dépit des ajustements de rédaction nécessaires, c'est bien le même cadre, c'est-à-dire le même régime procédural et les mêmes critères, qu'il conviendra d'appliquer.

Nous ne voyons pas non plus de raison d'exclure par principe le prononcé d'une injonction : les articles L. 911-1 et L. 911-2 du code de justice administrative³⁷ ne sont pas, dans leur formulation, réservés aux annulations.

³⁶ CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, n°s 255886 à 255892, p. 197 ; CE Ass., 23 décembre 2013, *Société Métropole télévision (M6) et Société Télévision française (TF1)*, n°s 363702 et 363719, p. 328.

³⁷ *Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé (L. 911-1) / prenne à nouveau une décision après une nouvelle instruction (L. 911-2) ...*

Nous vous le disions, la faculté de saisir le juge de l'excès de pouvoir de conclusions subsidiaires d'abrogation, soutenues par des moyens tirés de l'intervention de circonstances postérieures, n'implique pas que ce juge substitue son pouvoir d'appréciation à celui de l'administration, pas plus que l'annulation « en tant que ne pas », l'injonction, ou encore les dispositifs transitoires qu'il vous est arrivé d'édicter par souci de ne pas créer, par votre intervention, un vide juridique plus perturbateur encore que l'illégalité par vous sanctionnée. Il n'est pas question, dans le cadre de ces conclusions subsidiaires d'abrogation, qui ne sont que des conclusions d'annulation temporellement augmentées, selon la formule utilisée tout à l'heure, d'écrire vous-mêmes, en lieu et place de l'administration le règlement ou la mesure de police qui serait légale à la date de votre décision, mais seulement de dire si un acte, dont vous êtes saisis et qui continue (sauf intervention du juge du référé suspension) à être exécuté dans le cours de l'instance, est ou non légal.

9. Arrivée au terme de notre démonstration, et avant d'en venir au cas d'espèce, nous voudrions formuler deux observations terminales.

La première, la plus substantielle, concerne le champ d'application de l'évolution que nous proposons. Vous aurez noté qu'aucun des arguments présentés précédemment n'est propre à une catégorie d'actes. Et si vous avez déjà admis la recevabilité de conclusions à fin d'abrogation dans le cadre d'un litige dirigé contre une mesure de police individuelle, c'est de la légalité d'un acte réglementaire dont vous êtes aujourd'hui saisis.

Ni les actes individuels, ni les actes réglementaires ne sont par nature imperméables au temps qui passe. La frontière entre actes réglementaires et non réglementaires n'est d'ailleurs pas toujours évidente à tracer. Seuls les actes dont les effets sont instantanés sont en réalité insusceptibles d'être affectés par des circonstances postérieures à leur édicition. Et si une exception doit être ménagée pour les actes individuels créateurs de droit, c'est uniquement en raison de l'arbitrage consistant à faire prévaloir la sécurité juridique attachée aux droits acquis sur les effets de l'écoulement du temps.

Tous les réglages que nous avons proposés ont été conçus en envisageant aussi bien l'hypothèse où l'acte en litige est réglementaire et celle où il ne le serait pas. Et nous relevons que vous n'avez jamais calibré votre office de juge de l'excès de pouvoir à l'aune de la distinction entre les actes administratifs selon qu'ils sont ou non réglementaires³⁸ ; l'arrêt *Boussuge* en témoigne.

Vous pourriez préférer néanmoins vous en tenir aujourd'hui à la question des actes réglementaires et réserver la question s'agissant des actes individuels, pour des raisons tenant aux caractéristiques de ce type d'actes et à des considérations de politique jurisprudentielle.

³⁸ B. Plessix, « Juge de la légalité et distinction entre actes réglementaires et non réglementaires » in B. Defoort et B. Lavergne, *Juge de la légalité administrative : quel(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s) ?*, LexisNexis, 2021.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Il nous semble en effet qu'il y a une singularité du rapport de l'acte réglementaire à l'écoulement du temps, liée à son caractère général, impersonnel et permanent (par opposition à instantané), qui rend particulièrement pertinente l'évolution proposée. Ces caractéristiques expliquent que la balance entre sécurité juridique et légalité, qui prend la forme, lorsqu'est en cause l'écoulement du temps, de la mutabilité, penche déjà, pour les actes réglementaires, en faveur de la légalité.

Ce sont ainsi ces caractéristiques – le fait qu'un acte réglementaire régit potentiellement un grand nombre de situations et puisse servir de base légale à un grand nombre d'actes subséquents, réglementaires ou individuels – qui ont justifié que vous reconnaissiez un caractère perpétuel à l'exception d'illégalité dirigée contre un tel acte³⁹. Vous procédez d'ailleurs dans ce cadre, et depuis longtemps, à une appréciation dynamique de la légalité d'actes réglementaires positifs lorsque vous statuez par la voie de l'exception, puisque vous ne vous placez pas en effet, pour en apprécier le bien-fondé, à la date à laquelle ce règlement a été pris mais à celle à laquelle l'acte subséquent, visé par les conclusions d'annulation, a été édicté, ce qui vous conduit à porter une appréciation sur les circonstances postérieures à cet acte réglementaire. Il vous est à cet égard déjà arrivé de constater, dans le cadre d'exceptions d'illégalité, qu'un règlement avait cessé d'être légalement applicable en raison de changement de circonstances (CE Ass., 22 janvier 1982, *B...*, p. 27) ou, tout récemment, que l'illégalité d'un règlement avait cessé (CE, 4 octobre 2021, *Ministre de l'économie, des finances et de la relance c/ SA Ceetrus France*, à publier au Recueil). La nécessité de faire cesser aussi vite que possible une illégalité afin d'éviter, par une sorte de prophylaxie juridique, qu'elle soit transportée dans un grand nombre d'actes⁴⁰ au moyen d'une abrogation juridictionnelle *erga omnes*, beaucoup plus puissante qu'une simple déclaration d'illégalité dont les effets se limitent aux parties au litige, justifie particulièrement le raccourci consistant, alors que le juge compétent est saisi de la légalité *ab initio* d'un règlement, que puisse être prise en compte l'apparition de circonstances de droit ou de fait l'ayant rendu illégal.

D'un point de vue de politique jurisprudentielle, il est toujours périlleux, voire hasardeux, de tenter d'embrasser toutes les situations possibles à partir d'un cas seul cas d'espèce.

Vous avez fait évoluer votre office sur le contentieux des refus de faire par touches successives, en partant d'ailleurs des refus d'abroger des actes réglementaires avec la décision *Américains accidentels*. Ici, vous avez fait un premier pas dans le sens de l'évolution proposée dans le cas d'une mesure de police conservatoire visant un sportif, à laquelle aucun

³⁹ CE, 29 mai 1908, *Poulin*, p. 580.

⁴⁰ Critère qui a guidé l'orientation prise par la décision *CFDT Finances* de 2018 (CE Ass., n° 414583, p. 187, au GAJA 23^{ème} éd.) sur les moyens opérants lorsqu'un acte réglementaire est contesté après l'expiration du délai de recours contentieux par les voies « obliques » - selon la formule employée par A. Bretonneau dans ses conclusions - que sont le refus d'abrogation et l'exception d'illégalité.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

terme n'avait été préalablement fixé autre que l'aboutissement de la procédure de sanction. Admettre la recevabilité de conclusions d'abrogation était dans ce cadre doublement pertinent : parce que la proportionnalité d'une mesure de police est toujours contingente, le trouble qu'elle vise à prévenir devant, pour qu'elle soit légale, être actuel ; parce qu'en l'absence de terme, le seul écoulement du temps pouvait faire d'une mesure décidée à titre conservatoire censée être temporaire une mesure sinon permanente, du moins d'une durée excessivement longue, sans plus de rapport avec les faits qui l'avait justifiée.

Sans doute existe-il des catégories d'actes non réglementaires, dont la légalité est particulièrement contingente, pour lesquels la recevabilité de conclusions d'abrogation pourrait tout autant se justifier. Doivent toutefois être appréciées, dans chaque hypothèse et de façon fine, les implications d'une telle évolution sur le travail juridictionnel, en particulier, et nous avons en tête l'exemple du contentieux des étrangers qui a constitué le lit de la jurisprudence *M E...* (n° 208541) lorsque le litige porte en réalité sur plusieurs décisions, certaines négatives – un refus de titre, pris au vu d'une instruction administrative qui est fonction du terrain sur lequel l'étranger a formulé sa demande devant l'administration, auquel la jurisprudence *Américains accidentels* n'a à ce jour pas été appliquée, d'autres positives – la mesure d'éloignement et la fixation du pays de destination, le débat sur la légalité de l'éloignement à la date à laquelle le juge statue étant susceptible de faire apparaître une situation dans laquelle l'intéressé pourrait prétendre à un titre de séjour autre que celui initialement demandé, sans que l'administration l'ait instruit. La traduction contentieuse de cette discussion sur la légalité actuelle de la mesure d'éloignement serait alors une injonction de réexamen du droit au séjour. La mise en œuvre d'une des préconisations de l'étude demandée par le Premier ministre au Conseil d'Etat sur la simplification du contentieux des étrangers⁴¹, consistant à poser le principe selon lequel l'administration procède à un examen exhaustif du droit au séjour, sans se limiter au fondement mis en avant par l'étranger, pourrait toutefois substantiellement changer la donne.

10. Par une dernière observation d'ordre général, nous souhaiterions insister sur la modestie de l'évolution proposée. En admettant la recevabilité de ces conclusions subsidiaires, vous ne faites finalement rien d'autre que rappeler au pouvoir réglementaire son obligation d'abroger un acte devenu illégal, consacrée par la décision *Ponard*⁴². La voie que vous ouvririez n'est qu'un raccourci permettant aux acteurs du procès d'excès de pouvoir, alors que le juge compétent est déjà saisi de conclusions d'annulation, d'atteindre plus rapidement la mission assignée à ce recours, le respect de la légalité et son rétablissement si elle a été méconnue, évitant le détour formaliste par la demande d'abrogation, au demeurant presque toujours refusée de façon implicite sans instruction de l'administration.

⁴¹ Etude réalisée à la demande du Premier ministre, adoptée en assemblée générale plénière le 5 mars 2020, sur la base d'un groupe de travail présidé par Jacques-Henri Stahl : « 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous »,

⁴² CE Sect., 14 novembre 1958, p. 554.

Sans doute les requérants se saisiront-ils largement, aidés le cas échéant par leurs conseils, de cette faculté. En découlera une charge supplémentaire, pour les bureaux des administrations en charge du contentieux et pour les juridictions administratives. Nous estimons que la mission de garant du respect de la légalité impartie au juge de l'excès de pouvoir, au service de laquelle cette évolution s'inscrit, justifie cet effort supplémentaire. Et qu'au-delà même de l'effectivité du principe de légalité, un plus fort ancrage du juge de l'excès de pouvoir dans le temps réel du requérant et de l'administration, qui n'est pas nécessairement celui de la décision initiale, est de nature à renforcer la confiance des administrés dans la juridiction administrative et la conscience du juge de son utilité.

11. Si vous nous avez suivie, vous admettez donc la recevabilité des conclusions, présentées à titre subsidiaire, tendant à l'abrogation de l'inscription de certains pays sur la liste des pays d'origine des demandeurs d'une protection internationale considérés comme sûrs par le conseil d'administration de l'OFPRA dans sa délibération du 5 novembre 2019.

Comme chaque fois qu'elle est modifiée, la liste des pays d'origine sûrs a été attaquée, dans le délai de recours contentieux de deux mois suivant sa publication de la délibération du conseil d'administration de l'OFPRA, par des associations œuvrant au soutien des demandeurs d'asile. Or dans deux des trois requêtes, ont été présentées, en sus des conclusions tendant à l'annulation rétroactive de cette délibération, des conclusions tendant à son abrogation.

Par une décision du 2 juillet dernier, rendue conformément à nos conclusions, les 2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies ont statué sur les conclusions d'annulation, qu'elles ont partiellement accueillies en annulant la délibération du 5 novembre 2019 en tant qu'elle maintient sur cette liste les républiques du Bénin, du Ghana et du Sénégal. Le sort des conclusions tendant à l'abrogation de la délibération vous a été renvoyé.

12. Pour vous mettre à même de statuer sur le bien-fondé de ces conclusions d'abrogation, il nous faut rappeler les critères d'inscription sur la liste des pays d'origine sûrs et les effets de cette inscription pour le traitement des demandes de protection internationale.

La définition de la notion de pays d'origine sûr est donnée par l'article L. 722-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), devenu L. 531-25, modifié en dernier lieu par l'article 6 de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie : *« un pays est considéré comme un pays d'origine sûr lorsque, sur la base de la situation légale, de l'application du droit dans le cadre d'un régime démocratique et des circonstances politiques générales, il peut être démontré que, d'une manière générale et uniformément pour les hommes comme pour les femmes, quelle que soit leur orientation sexuelle, il n'y est jamais recouru à la persécution, ni à la torture, ni à des peines ou traitements inhumains ou*

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

dégradants et qu'il n'y a pas de menace en raison d'une violence qui peut s'étendre à des personnes sans considération de leur situation personnelle dans des situations de conflit armé international ou interne. ». La définition est calquée sur celle énoncée à l'annexe I de la directive européenne 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013, à l'exception de quelques détails, notamment l'incise « *quelle que soit leur orientation sexuelle* », rajoutée par le législateur en 2018⁴³. En vertu de l'article 37 de cette même directive, les Etats membres doivent lorsqu'ils déterminent si un pays est un pays d'origine sûr, s'appuyer « *sur un éventail de sources d'information, y compris notamment des informations émanant d'autres Etats membres, du BEAA, du HCR, du Conseil de l'Europe et d'autres organisations internationales compétentes* ».

Le caractère absolu des termes employés – il s'agit de démontrer « *d'une manière générale et uniformément* » qu'il n'est « *jamais* » recouru, dans un pays donné, à la persécution – apparaissent, ainsi que vos rapporteurs publics⁴⁴ le rappellent chaque fois que vous êtes saisis de recours contre cette liste, un peu en décalage avec la fonction de celle-ci.

L'inscription sur la liste se borne à consacrer, sur la base d'une analyse systémique, une sorte de présomption d'absence de risque de persécution ouvrant le droit à une protection internationale, qui justifie une procédure de traitement de la demande d'asile selon une procédure accélérée.

Le fait que la qualité de réfugié ait été reconnue à des ressortissants émanant de pays d'origine sûrs, par l'OFPRA ou la Cour nationale du droit d'asile (CNDA), ne suffit pas, à elle-seule, à disqualifier l'inscription d'un pays sur la liste. En outre, l'existence de cas de discriminations envers certaines catégories de personnes ne suffit pas non plus nécessairement à considérer que celles-ci sont, de façon générale et systémique, victimes de persécution au sens de l'article 9 de la directive 2011/95/UE⁴⁵, auquel renvoie la définition de la notion de pays d'origine sûrs qui figure en annexe de la directive 2013/32/UE. Un certain seuil de gravité est en effet requis⁴⁶ pour qu'une discrimination soit qualifiée « d'acte de persécution »

⁴³ LOI n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, article 6, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019. Votre décision du 2 juillet 2021 relève que, par cette incise, « *le législateur a entendu qu'une attention particulière soit accordée, pour l'établissement et la révision de la liste des pays d'origine sûrs, aux risques de persécutions ou de traitements inhumains et dégradants en raison de l'orientation sexuelle des ressortissants de ce pays.* »

⁴⁴ Julien Boucher, Nicolas Boulouis, Delphine Hédary, Damien Botteghi, Béatrice Bourgeois-Machureau.

⁴⁵ Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte)

⁴⁶ Il ressort du libellé de l'article 9, paragraphe 1, de la directive 2011/35/UE que l'existence d'une « violation grave » de la liberté de religion affectant la personne concernée d'une manière significative est nécessaire pour que les actes concernés puissent être considérés comme une persécution (arrêt du 5 septembre 2012, Y et Z, C-71/11 et C-99/11, point 59 ; 4 octobre 2018, *Fathi*, C-56/17, points 92 et suivants).

ou de traitements inhumains justifiant le bénéfice de la protection subsidiaire au sens de la directive 2011/95/UE. Est en outre pris en compte la capacité de l'Etat à protéger ses ressortissants contre les persécutions et mauvais traitements.

Les seules conséquences de l'inscription d'un pays sur la liste concernent les délais dans lesquels les demandes sont instruites par l'Office et les conditions d'exercice et d'examen d'un éventuel recours devant la Cour nationale du droit d'asile (CNDA).

Devant l'Office, les demandes émanant de ressortissants de pays d'origine sûrs sont traitées selon la procédure accélérée (art. L. 723-2 du CESEDA, repris à l'article L. 531-24), ce qui signifie qu'elle sont en principe traitée en quinze jours par l'Office (art. R. 723-4 du CESEDA, devenu R. 531-23), sauf si celui-ci estime qu'un reclassement en procédure normale est nécessaire pour assurer un examen approprié de la demande ou que le demandeur invoque des raisons sérieuses de penser que son pays d'origine ne peut pas être considéré comme sûr en raison de sa situation personnelle et au regard des motifs de sa demande.

Devant la Cour nationale du droit d'asile, le classement en procédure accélérée emporte, là encore, des délais de jugements réduits, la cour disposant en principe de cinq semaines à compter de sa saisine pour se prononcer (art. L. 532-6). Il est statué sur le recours à juge unique après audience, sauf renvoi en formation collégiale (ou irrecevabilité manifeste ou défaut d'élément sérieux susceptible de remettre en cause la décision de l'Office, cas dans lesquels il est statué sur la demande sans audience, par ordonnance motivée). En outre, en application du 7° de l'article L. 743-2 du CESEDA tel que modifié par la loi du 10 septembre 2018 (devenu d) du 1° de l'article L. 542-2), le droit au maintien sur le territoire prend désormais fin lorsque l'Office rejette la demande. Le recours alors formé devant la CNDA n'a pas de caractère suspensif mais, en vertu de l'article L. 512-1 du CESEDA (devenu L. 542-6, qui renvoie aux articles L. 752-5 à L. 752-12 du code), l'intéressé peut demander que soit suspendue, le temps de son recours, l'exécution de la décision d'éloignement dont il pourrait faire l'objet, dans le cadre de la contestation de cette dernière décision devant la juridiction administrative dite « de droit commun ». Ce dernier point est une nouveauté issue de l'article 12 de la loi du 10 septembre 2018. Le Conseil d'Etat l'avait déplorée dans son avis sur le projet de loi⁴⁷, non pas parce qu'une atteinte serait portée au droit au recours juridictionnel effectif mais au nom de la bonne administration de la justice, en raison de la complexité procédurale créée.

Précisons enfin que l'établissement d'une liste de pays d'origine sûrs n'est qu'une faculté laissée par le droit de l'Union. Plusieurs pays n'y ont pas recours : 9 Etats membres n'ont ainsi pas établi de liste⁴⁸, alors que certains, comme l'Italie ou la Grèce, sont pourtant soumis

⁴⁷ Avis sur un projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif, n° 396296, délibéré par l'Assemblée générale dans sa séance du 15 février 2018.

⁴⁸ Espagne, Finlande, Grèce, Italie, Lettonie, Lituanie, Pologne, Portugal, Roumanie. La Suède s'est dotée d'une

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

à une forte demande d'asile. Les pays inscrits sur cette liste varient en outre selon les Etats membres. Certains Etats – mais pas la France, qui défend dans la négociation européenne sur l'établissement d'une liste commune à l'Union la position selon laquelle un pays ne peut être inscrit sur la liste que lorsqu'il est sûr pour l'ensemble de son territoire et de sa population – ont procédé à des inscriptions seulement partielles, en procédant à des distinctions selon le genre (femmes, par rapport au risque d'excision par exemple), l'orientation sexuelle ou encore la provenance géographique, en cas de conflit territorialisé. Ce manque d'harmonisation est régulièrement dénoncé : en dépit de diverses négociations pour y mettre fin, le projet d'une liste européenne commune établi par la Commission européenne en 2015 et qui comportait 7 pays (Albanie, Bosnie-Herzégovine, Ancienne République yougoslave de Macédoine, Kosovo, Monténégro, Serbie, Turquie) n'a jamais abouti.

Ce système de liste des pays d'origine sûrs a été jugé comme ne méconnaissant pas le principe d'égalité et n'affectant pas la substance du droit d'asile⁴⁹. L'inscription d'un pays sur la liste n'exempte pas, en effet, les officiers de protection de procéder à un examen individuel de la demande, ainsi que vous l'avez rappelé lorsque vous avez statué sur la première liste de pays d'origine sûrs établie par la France le 30 juin 2005 (CE, 5 avril 2006, *GISTI et autres*, n° 284706, p. 186), la notion de pays d'origine sûr ayant été introduite en droit interne par la loi n° 2003-1176 du 10 décembre 2003. Elle ne prive pas non plus le demandeur du bénéfice des conditions matérielles d'accueil, contrairement à l'ancienne « procédure prioritaire » (même décision). Le débat sur le point de savoir si le concept de « pays sûr » est compatible avec la protection constitutionnelle du droit d'asile et la convention de Genève de 1951⁵⁰, qui repose sur une analyse individuelle du risque de persécution, est donc derrière vous.

Le soin d'établir et d'actualiser la liste des pays d'origine sûrs a été confiée en France à l'OFPPA. En vertu de l'article L. 722-1 du CESEDA, devenu L. 531-25, le conseil d'administration de l'office « *examine régulièrement la situation dans les pays considérés comme des pays d'origine sûrs* » et « *veille à l'actualité et à la pertinence des inscriptions* ». « *Il radie de la liste les pays ne remplissant plus les critères* » pour figurer sur la liste des pays d'origine sûrs. Il peut aussi, « *en cas d'évolution rapide et incertaine de la situation dans un pays, en suspendre l'inscription* ». Le même article ouvre la possibilité pour les présidents des commissions permanentes chargées des affaires étrangères et des commissions permanentes chargées des lois constitutionnelles de l'Assemblée nationale et du Sénat, une association de défense des droits de l'homme, une association de défense des droits des étrangers ou des demandeurs d'asile ou une association de défense des droits des femmes ou

liste en juillet 2021.

⁴⁹ Voir la décision n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003 sur la loi n° 2003-1176 du 10 décembre 2003 modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile, qui introduisait ces notions en droit français et la jurisprudence du Conseil d'Etat, notamment la décision rendue sur la 1^{ère} liste : Conseil d'Etat, 5 avril 2006, *GISTI et a.*, n° 284706, préc.

⁵⁰ C. Teitgen-Colly, « Le concept de pays sûr », Mélanges F. Julien Laferrière, LGDJ 2011, p. 525.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

des enfants de saisir le conseil d'administration d'une demande tendant à l'inscription ou à la radiation d'un Etat sur la liste des pays considérés comme d'origine sûrs.

Le choix de ces personnalités, extérieures à l'administration, est un écho à la composition du conseil d'administration de l'office qui compte notamment, en vertu de l'article L. 121-13, deux députés et deux sénateurs et au moins une personnalité qualifiée représentant les organismes participant à l'accueil et à la prise en charge des demandeurs d'asile et des réfugiés, cette dernière étant dotée d'une voix délibérative concernant la détermination de la liste des pays considérés comme des pays d'origine sûrs, alors qu'elle n'a qu'une voie consultative pour les autres sujets.

13. La liste de pays d'origine sûr issue de la délibération du 5 novembre 2019 attaquée comporte (comportait, car plusieurs modifications sont depuis intervenues), les seize même pays que celle issue de la précédente délibération, en date du 9 octobre 2015, à l'encontre de laquelle des recours avaient été formés que vous avez rejetés (CE, 30 décembre 2016, *Association Elena France et autres*, n°s 395058, 395075, 395133, 395383, inédite). Ces pays sont les suivants : l'Albanie, l'Arménie, le Bénin, la Bosnie-Herzégovine, le Cap-Vert, la Géorgie, le Ghana, l'Inde, l'Ancienne République yougoslave de Macédoine, l'Ile Maurice, la Moldavie, la Mongolie, le Monténégro, le Sénégal, la Serbie et le Kosovo⁵¹.

Ne figurent plus sur cette liste, à la date de cette audience, plus que 13 pays, puisque vous avez annulé pour excès de pouvoir, de façon rétroactive, le maintien sur la liste du Bénin, du Ghana et du Sénégal.

14. Il va de soi, que, s'agissant du Sénégal, dont le maintien sur la liste a été annulé et est réputé n'être jamais intervenu, les conclusions d'abrogation sont sans objet. Vous auriez pu, avant même de vous déterminer sur la recevabilité et le régime des conclusions d'abrogation soumises le constater dès le 2 juillet dernier, la question du non-lieu primant celle de la recevabilité.

Dans le cadre de la solution proposée aujourd'hui, articulée autour du caractère subsidiaire des conclusions d'abrogation par rapport aux conclusions principales, votre section devra constater qu'il n'est pas nécessaire de statuer sur les conclusions subsidiaires, dès lors que les conclusions principales ont été accueillies.

15. Il faut ensuite vous interroger sur l'éventuelle tardivité des conclusions tendant à l'abrogation de la délibération du 5 novembre 2019.

⁵¹ D'après le rapport d'activité de l'OFPRA 2019, sur 132 826 demandes de protection enregistrées en 2019 : 9 521 émanent de l'Albanie, 1 916 de l'Arménie, 865 de la Bosnie-Herzégovine, 8 314 de la Géorgie, 1 943 du Kosovo, 920 de l'ARYM, 1318 de la Moldavie, 71 du Monténégro, 2 009 de la Serbie, 484 de l'Inde, 218 de la Mongolie, 234 du Bénin, 12 du Cap-Vert, 137 du Ghana, 2 450 du Sénégal.

L'instruction en deux temps de cette affaire, liée au renvoi à une formation de jugement plus solennelle de la question de la recevabilité de ces conclusions d'abrogation, a conduit à ce que ces conclusions, initialement centrées sur le Sénégal, l'Arménie et la Géorgie, ce dont le point 21 de votre décision du 2 juillet 2021 porte la trace, soient, postérieurement à votre décision, également nourries sur le cas de l'Inde.

Les parties s'opposent d'ailleurs sur le point de savoir si les conclusions d'abrogation présentées avant votre décision du 2 juillet visaient l'ensemble de la délibération ou seulement certains pays, auquel cas les conclusions d'abrogation ciblant les autres pays dont l'Inde⁵², pays pour lequel un argumentaire spécifique a été développé à la fin de l'été, seraient tardives car introduites après le rejet des conclusions principales d'annulation visant ces pays, ce que ne manque pas de souligner l'OFPPA dans une fin de non-recevoir.

Cette fin de non-recevoir nous paraît fondée. La mention d'une « *dégradation manifeste et récente de la situation politique dans plusieurs Etats figurants sur la liste* », une argumentation circonstanciée n'étant développée que pour le cas du Sénégal, de l'Arménie et de la Géorgie, ne suffit pas à considérer que l'Inde et les autres pays de la liste étaient dans le champ des conclusions d'abrogation avant que vous ne statuiez sur les conclusions principales d'annulation.

Nous n'avons pas d'hésitations à vous proposer de faire droit à la fin de non-recevoir, dans la mesure où vous ne faites pas application de façon rétroactive d'une règle de recevabilité fermant une faculté de contestation préexistante.

15. Reste donc à examiner la légalité, à la date d'aujourd'hui, du maintien sur la liste des pays d'origine sûrs de l'Arménie et de la Géorgie.

Le contrôle que vous exercez sur la qualification de pays d'origine sûr au regard des critères énoncés dans la définition de l'article L. 531-25 du code est un entier contrôle, et ce depuis la première décision rendue sur cette liste (CE, 5 avril 2006, *GISTI et autres*, n° 284706, p. 186). Que vous l'exerciez en vous plaçant à la date à laquelle la délibération a été adoptée, dans le cadre de conclusions d'annulation rétroactives, ou à la date à laquelle vous statuez, dans le cadre de conclusions d'abrogation, est sans incidence sur son intensité.

Seuls sont opérants, au soutien de ces conclusions d'abrogation les moyens tirés de la survenance de circonstances, de droit ou de fait, postérieures, telles qu'elles rendent la décision, pourtant légale *ab initio*, illégale. Vous devrez veiller à toujours forger votre conviction au vu des éléments versés au dossier par les parties, selon le cadre rappelé dans

⁵² 52^{ème} pays pourvoyeur de demandeurs d'une protection internationale en 2020, soit 230 premières demandes correspondant à 0,3% des premières demandes enregistrées par l'OFPPA en 2020.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

votre décision *Mme C...* (CE, 26 novembre 2012, n° 354108, p. 394), même si le fait de vous placer dans une temporalité actuelle peut conduire à ce que certains des points discutés trouvent un écho immédiat, dans les médias notamment.

16. En ce qui concerne l'Arménie⁵³, sur la liste de façon continue depuis 2011, l'argumentation des requérantes, relativement peu fournie et non actualisée depuis mars 2021, repose sur la grave crise politique traversée par ce pays à la suite de sa défaite militaire face à l'Azerbaïdjan dans le conflit du Haut-Karabagh à l'automne 2020.

Si les hostilités ont repris en septembre 2020 dans cette région, un cessez-le-feu a été signé dès le 10 novembre 2020 après 44 jours de conflits. La loi martiale, instaurée en raison de ce conflit, a été levée par un vote du Parlement en mars 2021. Les fortes manifestations des opposants à la signature de l'accord de cessez-le-feu ont débouché sur la convocation d'élections législatives anticipées en juin 2021. Celles-ci se sont tenues dans de bonnes conditions en dépit de la forte polarisation du débat démocratique, ce qu'a salué la mission d'observation de l'OSCE louant une campagne électorale pluraliste et la transparence du processus électoral.

La vive crise politique qui a suivi, en mars 2021, la défaite militaire avec l'Azerbaïdjan a certainement fortement secoué ce pays membre du Conseil de l'Europe. Les développements postérieurs montrent toutefois que l'Arménie a su gérer cette crise dans le respect des principes démocratiques. A la date à laquelle nous concluons, aucune circonstance postérieure à la délibération attaquée n'affecte la légalité du classement de l'Arménie sur la liste, dont nous relevons au demeurant qu'il n'était contesté, dans le cadre des conclusions principales d'annulation, autrement que par des moyens se rapportant au conflit du Haut-Karabagh.

17. L'argumentation sur la Géorgie⁵⁴, qui figure sur la liste depuis 2013, est nettement plus fournie.

Vous avez jugé, par la décision du 2 juillet dernier, qu'à la date de la délibération attaquée, soit le 5 novembre 2019, la Géorgie disposait d'institutions démocratiques et procédait à la désignation de ses dirigeants sur le fondement d'élections libres et pluralistes, que ce pays était partie (il l'est toujours) à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qu'il n'est pas revenu sur la loi, adoptée en 2014, interdisant toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, l'identité et l'expression de genre, qu'il a signé le 27 juin 2014 un accord d'association avec l'Union européenne entré en vigueur le 1er juillet 2016 et s'est engagé dans la voie de réformes profondes de son système politique et

⁵³ 29^{ème} pays pourvoyeurs de premières demandes de protection en 2020, avec 929 demandes enregistrées, soit 1,1% des demandes présentées à l'OFPRA.

⁵⁴ 16^{ème} pays pourvoyeur de demandes de protection internationale selon le rapport d'activité de l'OFPRA en 2020, soit 1 858 demandes, représentant 2,1% des premières demandes présentées à l'office.

judiciaire dans le sens d'une consolidation de l'Etat de droit, en dépit des particularités de la situation en Ossétie du sud et en Abkhazie. Vous en avez déduit que le conseil d'administration de l'office n'avait pas inexactement apprécié la situation de ce pays en le maintenant sur la liste des pays d'origine sûrs.

Il vous revient aujourd'hui apprécier si les circonstances, de droit ou de fait, postérieures à la date du 5 novembre 2019 mises en avant par les requérantes remettent en cause cette conclusion.

Celles-ci insiste tout d'abord sur la forte dégradation de la situation démocratique en Géorgie depuis les élections législatives de l'automne 2020, que le Mouvement national uni (MNU), première force d'opposition, considère comme entachées de fraude massive, boycottant le parlement et réclamant des élections anticipées. Si un accord politique a été signé le 19 avril 2021 grâce à la médiation de l'Union européenne et des États-Unis prévoyant le retour de l'opposition au parlement en échange de réformes judiciaires et de possibles élections anticipées, les associations soulignent, dans les dernières écritures produites en août et septembre dernier, que cet accord a été unilatéralement dénoncé le 28 juillet 2021 par le parti au pouvoir (« Rêve géorgien »), dont les requérantes dénoncent par ailleurs les liens avec un groupe présenté comme une mafia, les « Voleurs dans la loi », occasionnant un regain de tensions politiques.

Sans doute la situation politique de la Géorgie s'est-elle tendue depuis un an.

Vous n'ignorez en outre pas, la presse s'en est fait l'écho, l'incarcération, depuis le 1^{er} octobre dernier, à son retour d'exil, de l'ancien président Mikheil Saakashvili (2004-2013), condamné par contumace en 2018 pour un dossier qu'il juge politique, ni la contestation par l'opposition des résultats des élections municipales du dernier weekend d'octobre. Quoiqu'antérieurs à la clôture de l'instruction, il ne vous appartient pas de vous saisir d'office de ces événements, dès lors qu'aucune des parties ne vous y invite.

En tout état de cause, ces vives tensions ne suffisent pas à considérer qu'il existe en Géorgie une remise en cause du fonctionnement démocratique des institutions dont découlerait un risque systémique de persécution des opposants politiques, justifiant, à la date à laquelle vous statuez, l'abrogation juridictionnelle de la liste s'agissant de ce pays.

L'autre branche de l'argumentation des requérantes concerne la situation des personnes homosexuelles, bisexuelles et transgenres. Vous vous étiez prononcé, dans votre décision du 2 juillet dernier, sur les risques de mauvais traitement encourus en Géorgie à raison de l'orientation sexuelle. Les associations font état d'une forte dégradation de cette situation, en raison de l'annulation d'une « marche des fiertés », initialement programmée en juillet, après des échauffourées avec des groupes d'extrême droite soutenus par une partie du clergé

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

orthodoxe, et d'une déclaration du Premier ministre indiquant que cette manifestation était « *inacceptable pour une grande partie de la société géorgienne* ». Nous ne croyons pas que ces éléments suffisent à modifier votre appréciation sur la légalité du maintien de la Géorgie sur la liste des pays d'origine sûrs. Le fait que l'orientation sexuelle de certaines personnes soient mal acceptée dans l'opinion ne suffit pas à qualifier un risque de persécution systémique, et ce alors que la loi interdit depuis 2014 toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La situation est pas comparable à celle du Ghana ou du Sénégal, pays dont la législation pénalise durement l'homosexualité.

18. Nous concluons par ces motifs au rejet des conclusions d'abrogation et à ce que l'OFPRA verse à chacun des requérants, à l'exception du syndicat CGT-OFPRA qui n'a pas intérêt pour agir contre la délibération attaquée, 200 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative puisque les conclusions principales d'annulation ont été partiellement accueillies en juillet dernier.

19. Votre décision, si vous nous suivez, ravivera immanquablement les interrogations exprimées par la doctrine sur la pérennité de la classification des recours établie par E. Laferrière autour des pouvoirs du juge, avec laquelle nous continuons, par habitude et par commodité, à vivre aujourd'hui, et, corollaire de ces interrogations, sur le maintien des spécificités de l'excès de pouvoir.

Il ne fait aucun doute que la définition du juge de l'excès de pouvoir par la limitation de ses pouvoirs à la seule annulation, par opposition au juge de plein contentieux, lequel rassemble au demeurant derrière une bannière commune des offices extrêmement disparates, ne suffit plus à décrire ce recours. Mais ces nouveaux pouvoirs ne condamnent pas nécessairement le recours pour excès de pouvoir au dynamitage⁵⁵ ou à la mise en bière⁵⁶, bien au contraire. Voilà bien longtemps en tout état de cause que l'appellation « excès de pouvoir », qui renvoie au recours pour incompetence visé par la loi des 7-14 octobre 1790⁵⁷, premier cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir à partir duquel le Conseil d'Etat a déroulé avec patience et hardiesse le fil du contrôle juridictionnel de la légalité, ne suffit plus à décrire ni l'office de ce juge, ni l'étendue de son contrôle.

L'irréductible singularité du recours pour excès de pouvoir réside dans le refus du juge de se substituer à l'administration et dans le fait que cette voie de droit n'a besoin, pour exister, d'aucune base textuelle. Des fondements prétoriens de ce recours, qui vous donnent toute liberté pour l'adapter, et de la définition finaliste qui lui a été donnée – « *assurer,*

⁵⁵ C. Malverti, C. Beaufils, « Dynamique ou dynamite ? L'appréciation de la légalité à la date à laquelle le juge statue », AJDA 2020 p. 722.

⁵⁶ Henri Bouillon, « Le REP Repose En Paix ou Retrouve En Performance ? », Droit administratif, n° 6, juin 2020, p. 21.

⁵⁷ Recours *omisso medio* fondé sur l'incompétence ou l'excès de pouvoir

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité » – sourdent sa vitalité et sa capacité à se renouveler, afin qu’il continue d’être cette « soupape de sûreté »⁵⁸ toujours ouverte. Votre décision peut en apporter une nouvelle fois la démonstration.

⁵⁸ Selon la formule de Léon Aucoc dans ses conclusions sur un arrêt *Bizet* du 13 mars 1867.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.