

N° anonymat :

002010

SESSION : 2012

ÉPREUVE : Dissertation

Nombre d'intercalaires : 3

Note sur 20 :

Coefficient :

Note définitive :

"Le Recours aux exs de pouvoir aujourd'hui"

On reprend une formule célèbre de Montesquieu, "tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser". Cet état de fait, au cœur de la problématique de l'Etat de droit, est très certainement à l'origine de la théorie de la séparation des pouvoirs attribuée au même auteur. La limitation du pouvoir et son strict encadrement, gages de démocratie, passent non seulement par un système de "check and balances" mais également par la soumission au droit, largement entendu, du pouvoir.

Ainsi que le pouvoir législatif est soumis au respect de la constitutionnalité des lois par le Conseil Constitutionnel, à la fois a priori et a posteriori depuis la loi constitutionnelle du 23 mars 2008, le pouvoir exécutif quant à lui est soumis au respect de l'ensemble des normes directement supérieures à celles qu'il édicte (théorie de la hiérarchie des normes, Hans Kelsen). Ce contrôle de légalité, entendu comme

Ne rien inscrire dans cet emplacement

Ne rien inscrire dans cet emplacement

la conformité à l'ensemble des normes, prend la forme juridictionnelle du recours pour excès de pouvoir, apanage s'il en est du juge administratif.

En effet, le recours pour excès de pouvoir se définit comme un recours porté devant le juge administratif et tendant à l'annulation d'un acte administratif illégal, qu'il soit réglementaire (CE, 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils) ou individuel.

Ce "procès fait à un acte" (E. Laferrière) est un recours de droit commun, ouvert même sans texte (CE, 1980, Dame Lamotte) qui bénéficie d'une protection constitutionnelle par le biais de la reconnaissance d'un bloc de compétences réservé à l'ordre juridictionnel administratif, comprenant notamment l'annulation de décisions prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique. (CC, 1987, Conseil de la concurrence).

L'éminence du recours pour excès de pouvoir, "recours d'utilité publique" (R. Chapus), tient notamment au fait qu'il vise à garantir la légalité dite objective.

En ce sens, le juge de l'excès de pouvoir

apprécie la légalité de la décision qui lui est soumise à la date de son édictation, et les annulations qu'il prononce le sont "erga omnes" et sont donc liées de l'autorité absolue de chose jugée.

Après avoir été porté aux nues, le recours pour excès de pouvoir a rapidement fait l'objet de critiques, tenant notamment à la rigidité des pouvoirs du juge en connaissant.

Ainsi, le juge de l'excès de pouvoir, enfermé dans le choix du rejet ^{ou} de l'annulation, apparaît directement concurrencé par le juge de plein contentieux, disposant pour sa part d'une plénitude de juridiction.

Il ne fait guère de doute qu'à l'heure actuelle le recours de pleine juridiction est plébiscité tant par le législateur, que par le Conseil d'Etat lui-même, ainsi qu'en attestent certaines de ses récentes décisions créant un nouveau recours ouvert aux concubins évincés (CE, 2007, Société Tropic Travaux signalisation), ou faisant basculer dans cette sphère un recours à l'encontre d'une sanction administrative (CE, 2009, Atom).

Ainsi concurrencé, le recours pour excès de pouvoir, de plus exactement le juge de l'excès de pouvoir, a nécessairement dû évoluer et s'adapter.

Dans quelle mesure le recours pour excès de pouvoir permet-il aujourd'hui à la fois de censurer les illégalités tout en rétablissant la légalité ? Comment l'office du juge de l'excès de pouvoir s'est-il adapté aux exigences renouvelées de l'Etat de droit ? L'évolution du recours pour excès de pouvoir permet-elle de le pérenniser ?

Concurrencé dans son quasi-monopole du contrôle de la légalité objective par la montée en puissance des recours de pleine juridiction, le juge de l'excès de pouvoir voit néanmoins son office conforté par l'optimisation de sa mission initiale, à savoir la censure des illégalités (I). Son office apparaît par ailleurs renouvelé par la reconnaissance de nouveaux pouvoirs juridictionnels au service d'une mission renouée (II).

I. L'office du juge de l'excès de pouvoir renoué par l'optimisation de sa mission initiale

La mission du juge de l'excès de pouvoir est originellement l'annulation des actes administratifs illégaux. Cette mission est optimisée en ce que la tendance est à la fois à une facilitation de l'accès au juge de l'excès de pouvoir (A) ainsi qu'à l'approfondissement d'un contrôle devenu efficace (B).

A. Un accès au juge de l'excès de pouvoir facilité

1) Un prétoire largement ouvert

Dès le début du XX^e siècle, l'intérêt à agir des requérants a été largement étendu (CE, 1901, Carasso ; CE, 1906, Croix de Seguey-Turdi ; CE, 1909, Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges) et ce bien que le Conseil d'Etat se soit toujours refusé à faire du recours pour excès de pouvoir une "actio popularis".

Les actuelles discussions autour de l'instauration d'une action collective réaffirment la volonté d'un juge de l'excès de pouvoir accessible.

Dans le même sens, le recours pour excès de pouvoir est dispensé de ministère d'avocat depuis 1864, et le prochain relâchement d'un droit au timbre de 35 € (au 1^{er} octobre prochain) ne semble pas devoir dissuader les requérants de bonne foi, d'autant plus s'ils sont bénéficiaires de l'aide juridictionnelle (loi de 1991) qui les en dispensera.

2) Un élargissement constant des actes susceptibles de recours

Une des conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir est l'invocation de l'illegalité d'un acte administratif unilatéral faisant grief.

En sont dès lors exclus par principe les contrats administratifs. Mais certaines exceptions sont remarquables telles que la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir (REP) contre les clauses réglementaires d'un contrat (CE, 1996, Cayzele), contre les contrats d'engagement des agents publics (CE, 1998, Ville de Lésieux), contre les actes détachables tels que les autorisations de signer (CE, 1965, Parten), ou encore le décret préfectoral (Lois Défense 1982-1983) permettant au juge de l'excès de pouvoir d'annuler un contrat conclu par une collectivité territoriale, qu'il soit ou non soumis à obligation de transmission.

Pareillement, sont par principe exclus les actes ne faisant pas grief, c'est-à-dire ne modifiant pas de manière substantielle l'ordonnement juridique. Sur ce point, la tendance est incontestablement à la réduction de cette catégorie d'actes afin d'élargir les actes dont le juge peut connaître de la légalité.

Ainsi en va-t-il du strict contournement des actes de gouvernement aux actes relatifs à la conduite des relations internationales ou aux relations entre les pouvoirs constitutionnels (CE, 1875, Prince Napoléon; marquant la fin de la théorie du noble politique); de même de la définition jurisprudentielle des directives (CE, 1970, Crédit foncier de France).

Plus remarquable encore est l'élargissement de la catégorie des mesures d'ordre intérieur, réduite constamment, tant dans les domaines pénitentiaire que militaire, sous l'influence directe du droit au recours tel que consacré par l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH) (CE, 1995, Jauré et Hardouin; CE, 2003, Romli; CE, 2007, Bannour et Plancherault; CE, 1992, Khervaa en matière de règlements scolaires).

De la même façon, les circulaires peuvent faire l'objet d'un REP, peu peu qu'elles aient une portée impérative, et non plus réglementaire (CE, 2002, Aurignères).

L'accès au juge de l'excès de pouvoir, tant par les actes dont il peut connaître que par les requérants recevables à le saisir, connaît

une tendance constante de facilitation, tendance corroborée par l'approfondissement de son contrôle et l'efficacité accrue de son intervention.

B - Un approfondissement du contrôle de légalité et un accroissement de son efficacité

1) Une tendance à l'approfondissement et à l'élargissement du contrôle

Le juge de l'excès de pouvoir fait varier l'intensité de son contrôle sur la qualification juridique des faits opérés par l'administration afin de préserver la marge de pouvoir discrétionnaire qu'elle détient.

De contrôle restreint (CE, 1991, Vigier, en matière d'appréciations techniques) au contrôle maximum (CE, 1971, Ville Nouvelle Est : Hucric du Séau) en passant par le contrôle minimum de l'erreur manifeste d'appréciation (CE, 1962) au contrôle normal d'appréciation, le juge de l'excès de pouvoir module son contrôle en fonction du pouvoir dont dispose l'administration.

Il ne doit faire aucun doute que la tendance actuelle est à l'approfondissement du contrôle, qu'il s'agisse d'un passage à un contrôle normal (CE, 1997, Société Ekin en matière de police administrative spéciale des publications étrangères) voire à un contrôle maximum, sous l'effet notamment de la CEDH (CE, 1991, Belgacom et Babes). Le contrôle en matière de police administrative générale étant par principe un contrôle de proportionnalité (CE, 1933, Benjamin.)

De la même manière, le contrôle opéré par le juge de l'excès de pouvoir est élargi par la multiplication des normes de référence (CE, 2007, Arcelor, CE, 2008, Ordre national des avocats au barreau de Paris) mais également au nouveau rôle qui lui incombe en vertu de l'article 61-1 de la Constitution, rôle de "filtrage" nécessitant néanmoins l'appréciation du caractère sérieux d'une question prioritaire de constitutionnalité.

2) Un contrôle de légalité à l'efficacité accrue

Le recours pour excès de pouvoir n'a pas d'effet suspensif, et les actes administratifs bénéficiant d'une présomption de légalité en vertu du privilège du préalable (CE, 1982, Huglo), ceux-ci continuent à s'appliquer et peuvent avoir reçu une complète exécution lorsque le juge statue sur leur légalité.

La réforme des procédures d'urgence par la loi du 23 juin 2009 a notamment mis en place, ou plutôt renoué, la procédure de référé-suspension permettant d'obtenir la suspension de l'exécution d'un acte en cas d'urgence et de doute sérieux quant à sa légalité.

Cette procédure redonne donc tout son sens au recours pour excès de pouvoir en l'adaptant aux exigences d'un droit au recours effectif (CEDH, 1978, Golder, CE, 2005, Nageland).

Pareillement, la saisissance à un délai raisonnable de jugement (CE, 2002, Naguia) procède de cette volonté d'instaurer un juge en mesure de statuer "avant qu'il ne soit trop tard".

Ainsi, la mission traditionnelle du juge de l'excès de pouvoir, à savoir la censure des actes administratifs illégaux, est préservée grâce à l'optimisation de son office.

De surcroît, cet office apparaît également renouvelé par la reconnaissance de nouveaux pouvoirs juridictionnels adaptés aux exigences nouvelles de l'Etat de droit.

4 - L'office du juge de l'excès de pouvoir renouvelé grâce à la reconnaissance de nouveaux pouvoirs juridictionnels

Le juge de l'excès de pouvoir assure désormais également une mission de rétablissement de la légalité. En effet, qu'il s'agisse de préserver la sécurité juridique par la rationalisation du contrôle de légalité (A) ou bien de garantir l'efficacité des annulations contentieuses (B), le juge de l'excès de pouvoir détient aujourd'hui les armes nécessaires à la défense efficace de la légalité de l'action administrative.

A - Une préservation assurée de la sécurité juridique

Pendant longtemps, la seule préoccupation du juge de l'excès de pouvoir a été de garantir le principe de légalité. Seulement, la conservation du principe de sécurité juridique (CE, 2006, KPM) et de montée en puissance l'ont amené à en

rechercher pleinement la préservation

1) d'annulation des seuls actes véritablement illégaux

Le juge de l'excès de pouvoir dispose à l'heure actuelle d'un panel de pouvoirs lui permettant de "sauver" un acte initialement illégal.

Il peut en effet d'office en neutraliser les motifs illégaux (CE, 1983, Dame Perrot) ou en substituer la base légale (CE, 2003, El Sahi), ainsi que, sans de conclusions en ce sens, substituer un motif légal à un motif illégal, et ce même en cas de compétence discrétionnaire de l'administration (*).

Ainsi, le juge de l'excès de pouvoir n'apparaît plus comme un simple censeur, enfermé dans une logique stricte et étroite d'annulation et de rejet. Il peut désormais prendre en considération dans son examen les impératifs de sécurité juridique prônant le maintien de l'acte, autant que faire se peut, évitant ainsi le "traumatisme juridique" que constitue une annulation contentieuse.

2) Une appréciation pragmatique des illégalités

Alors que certains cas d'ouverture entraînent systématiquement l'annulation de l'acte lorsque le moyen est fondé, tels que le vice d'incompétence, l'inexactitude matérielle des faits (CE, 1916, Camis), l'erreur dans la qualification juridique des faits (CE, 1914, Gamel) ou encore l'erreur de droit,

(*) (CE, 2004, Hallae)

Certains vices de légalité externe appellent une appréciation plus nuancée.

C'est notamment le cas pour le vice de procédure ou le vice de forme, pour lesquelles le juge distinguera selon qu'il s'agit de formalités substantielles ou non.

Alors qu'en principe une modalité substantielle se définit comme ayant eu une incidence sur le sens de la décision ou constituant une garantie de procédure, la loi du 11 mai 2011 relative à l'amélioration de la qualité de la loi et des relations entre administration et citoyen semble restreindre les cas de formalités substantielles à la première hypothèse, en matière de consultation préalable obligatoire.

Il ne s'agit que d'un exemple, mais il illustre bien le fait que la tendance actuelle est à une rationalisation des annulations contentieuses.

La préservation de la sécurité juridique, ou plus exactement d'un droit à un recours effectif, apparaît également assurée par des annulations contentieuses à la fois réalistes et efficientes.

B. Des annulations contentieuses réalistes et efficientes

1) Le fin du dogme de l'annulation rétroactive

Par principe, l'annulation d'un acte suite à un recours pour excès de pouvoir est dotée d'une portée rétroactive, l'acte étant réputé n'avoir jamais existé (CE, 1925, Rodière).

Au delà d'un problème de sécurité juridique des situations antérieures, cela pose des difficultés sérieuses de mise en œuvre, notamment en matière de reconstitution de carrière des fonctionnaires par exemple.

Pour autant, la sécurité juridique ne devrait l'emporter sur le principe de légalité, pas plus que l'inverse. Le Conseil d'Etat a su trouver un juste équilibre en permettant au juge de l'excès de pouvoir de modeler dans le temps les effets d'une annulation, en la rendant non-retroactive notamment (CE, 2004, AC!).

Cet effort de réalisme, faisant en faveur d'un recours qu'il serait inexact de qualifier d'obsole, est double d'une réelle volonté d'efficace de la chose jugée.

2) Une exécution des décisions de justice assurée

A l'heure où le droit à un recours effectif inclut un droit à l'exécution des décisions de justice (CEOH, 1997, Hornsby), voir un droit à l'exécution dans un délai raisonnable (CE, 2010, Nafille), le recours pour excès de pouvoir doit impérativement échapper à la critique du recours platonique.

La loi du 8 février 1995 confère au juge de l'excès de pouvoir, s'y refusant naturellement, un pouvoir d'injonction en exécution de la chose jugée, qu'il s'agisse de prendre une mesure dans un sens déterminé ou durant un délai déterminé (articles L.911-1 et L.911-2 CJF), celle-ci pouvant également être accompagnée d'une astreinte (L.911-3).

Ne rien inscrire dans cet emplacement

Alors que pour ce faire, le juge de l'excès de pouvoir doit être saisi de conclusions en ce sens, il a également développé la pratique que d'aucuns ont appelé "d'injonctions pétonniennes", alors qu'il semble davantage s'agir d'une explicitation de la chose jugée afin d'en faciliter l'exécution par l'administration (CE, 2001, Vassilikis et Titran).

Ainsi, le juge de l'excès de pouvoir apparaît aujourd'hui comme un juge accessible, pratiquant un contrôle approfondi des actes qui lui sont soumis, assurant la préservation de la sécurité juridique, tout en prononçant des annulations à la fois réalistes et efficaces.

Assurant ce "miracle" de la soumission de l'administration au droit (P. Weil), le recours pour excès de pouvoir se renouvelle et se perfectionne, sans pour autant renier ses spécificités intrinsèques, afin de demeurer "la plus merveilleuse création des juristes" (G. Jéze).