

N° 418142
GISTI

Section du contentieux
Séance du 29 mai 2020
Lecture du 12 juin 2020

CONCLUSIONS

M. Guillaume Odinet, rapporteur public

« En Administration (...) on obéit d'abord à la circulaire, puis à la décision ministérielle, puis au règlement, puis à l'arrêté ou décret et enfin à la loi. Il est reconnu que de la circulaire à la loi il n'y a pas toujours rapport exact, et il y a même quelquefois contradiction. En cas de doute, la circulaire doit avoir raison, parce que c'est la nation qui fait la loi et que c'est le chef de bureau qui fait la circulaire ». Ces mots de J. Boucher de Perthes¹, directeur des douanes, ont presque deux cents ans et ces deux cents ans ne leur ont pas donné tort.

La circulaire, dont le nom dérive de la lettre circulaire ainsi qualifiée de par sa vocation à « faire le tour du royaume »² est, en vérité, presque aussi vieille que l'administration. « Idole du commis ministériel », « effroi du commis départemental »³, elle a anciennement et durablement eu mauvaise presse, tant en raison de sa capacité à proliférer que par son caractère de « littérature grise »⁴, para-normative, de l'administration, manifestant « un recul de la règle de droit vers le précaire et le confidentiel »⁵ – votre étude annuelle de 2006 parlait d'un « droit souterrain, clandestin, inaccessible, asymétrique »⁶. Elle n'en demeure pas moins un instrument indispensable de l'administration – au sens organique comme au sens fonctionnel du terme – car elle permet le pilotage rapide et unifié de services administratifs nombreux et répartis sur le territoire ; en pratique, vous le savez, elle structure la vie administrative – on a compté plus de 1 300 circulaires ministérielles pour la seule année 2018⁷.

¹ Cités par G. Thuillier, *Pour une histoire de la bureaucratie en France*, Comité pour une histoire administrative et financière de la France, coll. « Animation de la Recherche », Paris, 1999, et repris par V. Azimi, « La circulaire : « Maladie organique » de l'administration. Un regard historique sur un acte amphibie », in G. Koubi (dir.), *La littérature grise de l'administration*, Berger-Levrault, coll. « Au fil du débat », 2015.

² J.-G. Ymbert, *Mœurs administratives*, vol. 1, Ladvocat éditeur, Paris, 1825, cité par V. Azimi, *op. cit.*

³ *Ibid.*

⁴ G. Koubi, *op. cit.*

⁵ Selon les mots du pt. Tricot dans ses conclusions sur votre décision d'Assemblée Institution Notre-Dame-du-Kreisker du 29 janvier 1954 (Rec. p. 64 ; conclusions publiées à la Revue pratique de droit administratif, 1954, p. 50).

⁶ *Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française, 2006, p. 276.

⁷ Selon la circulaire du Premier ministre du 5 juin 2019 (n° 6087/SG).

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.

Ces deux visions de la circulaire – littérature infra-juridique et instrument nécessaire d’usage généralisé – sous-tendent toute l’histoire de votre jurisprudence à son égard, qui s’est trouvée en tension⁸ entre deux objectifs contradictoires, celui d’offrir les garanties les plus effectives aux administrés, qui supposait de sanctionner le plus en amont possible toute illégalité de l’action administrative, et celui de ne pas renforcer la place et la portée des circulaires en les assimilant peu ou prou à des normes. Votre jurisprudence, peu à peu, a fait primer le premier objectif sur le second, en prenant acte de ce que, indépendamment d’elle, la circulaire était devenue l’instrument juridique de référence dans l’action administrative.

1. Vous n’avez jamais défini la circulaire. Vous ne l’avez pas fait car votre jurisprudence ne s’est jamais montrée formaliste et s’est toujours attachée, au contraire, à identifier les marchandises que recouvrait ce pavillon⁹. Selon la doctrine administrative, qui s’appuie elle-même sur les circulaires du Premier ministre¹⁰, les circulaires ou instructions ont une triple vocation : exposer les politiques gouvernementales à l’administration ; commenter les lois et règlements et donner des orientations pour leur application ; déterminer les règles de fonctionnement des services.

Que les actes en cause portent le nom de circulaire, instruction, note ou tout autre encore, ils ont toujours une double caractéristique : une portée générale – jamais il n’a été question de documents relatifs au traitement de situations individuelles ou particulières¹¹ – et une vocation interne à l’administration – il s’agit d’actes que l’administration produit, à tout le moins au premier chef, pour elle-même.

2.1. Historiquement, vous le savez, vous n’avez admis que ces actes puissent faire l’objet d’un recours pour excès de pouvoir que s’ils présentaient un caractère réglementaire, c’est-à-dire, s’agissant d’actes de portée générale, s’ils étaient normatifs, s’ils modifiaient l’ordonnancement juridique – en deux mots, s’ils étaient à la fois novatoires¹² et obligatoires

⁸ Que soulignait déjà le pt. Tricot dans ses conclusions précitées.

⁹ Pour reprendre les mots bien connus du pt. Tricot.

¹⁰ V. Circulaire du 15 juin 1987 relative aux circulaires ministérielles ; circulaire du 25 février 2011 relative aux circulaires adressées aux services déconcentrés.

¹¹ Qui sont presque toujours des actes préparatoires (v. not. 6 décembre 1991, Pierre et Syndicat national des personnels de l’éducation surveillée, n°s 94201 99223, Rec. p. 422 ; ou, s’agissant d’une demande du conseil de la concurrence au ministre chargé de l’économie, 7 novembre 2005, Compagnie générale des eaux, n° 271982, Rec. p. 489).

¹² Par opposition à confirmatifs ou réitératifs. V., relevant expressément le caractère nouveau des énonciations de la circulaire ou leur ajout à l’état du droit, 3 avril 1981, Société Armand Pellerin et Cie Fédération nationale du négoce de tissu, T. pp. 554-564-581-629-633 ; 2 octobre 1981, N’Diaye et autres, n°s 24345 e. a., Rec. p. 348 ; 12 février 1982, Sne-sup, n° 28549, T. pp. 496-628 ; 5 mars 1982, Union hospitalière privée et autre, n°s 21769 21923, Rec. p. 99 ; 5 mai 1982, Syndicat national autonome des policiers en civil, n° 26993, Rec. p. 168 ; 1^{er} décembre 1982, Mlle Portal, n° 28925, T. pp. 496-500-700 ; 9 février 1983, Syndicat national des médecins biologistes, n° 2094, T. pp. 585-592-780-871 ; 25 mars 1983, Dejaeghere, n° 36286, T. pp. 586-612 ; 22 avril 1983, Buczowski, n° 46843, T. pp. 585-591-798-878 ; 21 mai 1990, Syndicat national des médecins chirurgiens spécialistes et biologistes des hôpitaux publics, n° 72911, T. pp. 539-998 ; 28 avril 1993, Association « Aide aux personnes inadaptées mentales hors de France », n° 82994, T. pp. 546-548-556-1052 ; 21 octobre 1996, Mme Gelak, n° 154749, T. pp. 665-674-971-1064 ; 25 octobre 1996, Syndicat général des secrétaires de mairie-instituteurs de France, n° 142150, T. pp. 665-917-975 ; 9 juillet 1997, Office public communautaire d’habitation à loyer modéré de Saint-Priest et autres, n°s 183880 184027, Rec. p. 292 ; 6 avril 1998, Service inter-entreprises

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.

(ou impératifs¹³). C'était là l'application du principe classique selon lequel, pour reprendre les termes du pt. Laferrière, « pour que le recours soit recevable, il faut qu'il existe une décision susceptible d'être exécutée »¹⁴.

Cette jurisprudence était fixée par votre décision d'Assemblée du 29 janvier 1954, Institution Notre-Dame-du-Kreisker (n° 07134, Rec. p. 64), qui distinguait entre les dispositions d'une circulaire selon qu'elles se bornaient à interpréter les textes en vigueur ou au contraire qu'elles fixaient des règles nouvelles, pour n'admettre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir que dans ce second cas.

2.2. Dans ce cadre classique, vous avez par ailleurs déterminé un régime particulier applicable à certaines instructions : par votre décision de Section Crédit Foncier de France du 11 décembre 1970 (n° 78880, Rec. p. 750), vous avez jugé qu'une autorité administrative pouvait légalement adopter une directive définissant des orientations générales en vue de l'adoption de futures décisions individuelles, sans édicter de règles nouvelles ni priver l'autorité compétente de son pouvoir d'appréciation. Vous avez précisé qu'à l'appui d'un recours contre une décision prise par l'administration en se référant à une telle directive, il pouvait utilement être soutenu soit que la situation individuelle présentait une particularité au regard des normes¹⁵ contenues dans la directive, appelant un traitement différent, soit qu'une considération d'intérêt général appelait un tel traitement par dérogation à la directive, soit encore que la directive méconnaissait elle-même les dispositions législatives et réglementaires en vue de l'application desquelles elle avait été adoptée.

De ces principes, votre jurisprudence a déduit que les directives, que vous qualifiez désormais de lignes directrices¹⁶, sont opposables aux intéressés lorsqu'aucune particularité de leur situation ou aucun motif d'intérêt général ne justifie de s'en écarter (v. not. Section, 18 novembre 1977, Société anonyme Entreprise J. Marchand, n° 00619, Rec. p. 442 av. les concl. du pt. Franc ; 23 mai 1980, Agence nationale pour l'amélioration de l'habitat, n° 13433, Rec. p. 238). En sens inverse, si elles ont été publiées, elles sont invocables par les intéressés lorsque l'autorité s'en est écartée, ce qu'elle ne peut légalement faire qu'en considération d'une particularité de leur situation ou d'un motif d'intérêt général (v. not.

de la médecine du travail de la Mayenne, n° 173776, T. pp. 674-754-883-1200 ; 29 avril 1998, Commune de Gonesse et autres, n°s 187801 e. a., T. pp. 672-694-965-9966-967-969-1195 ; 6 mai 1998, Conseil départemental de l'ordre des médecins des Yvelines, n° 186450, T. pp. 672-1140-1179 ; 29 mars 2000, Min. c/ A..., n° 205010, T. pp. 786-787-835-1197 ; 7 juin 2000, Société des agrégés de l'université, n° 188993, T. pp. 786-1018 ; 3 juillet 2000, Société civile des auteurs réalisateurs producteurs et autres, n°s 218358 e. a., Rec. p. 289 ; 27 novembre 2000, Mme O..., n° 208555, Rec. p. 558 ; 20 mars 2002, Syndicat lutte pénitentiaire et autres, n° 226803, T. pp. 580-844 ; 23 octobre 2002, Mme C..., T. pp. 580-762.

¹³ V. not., usant de cette notion pour apprécier le caractère ou non réglementaire de la circulaire, 9 juin 1967, Marlin, n°s 66442 67945, T. pp. 671-880-937 ; 3 octobre 1973, Union nationale des associations des parents d'élève de l'enseignement libre, n° 88565, Rec. p. 534 ; 13 novembre 1974, Société phocéenne de représentation et de distribution, n° 89272, Rec. p. 551 ; 1^{er} février 1978, Garrigue, n° 02932, T. pp. ; 677-905 ; 4 mai 1981, Fédération des personnels de la Défense nationale CFDT, n° 20496, T. pp. ; 557-783 ; 8 décembre 2000, F... , 162995, Rec. p. 589.

¹⁴ *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1888, t. 2nd, p. 397.

¹⁵ C'est le terme employé par votre décision.

¹⁶ V., actant le changement de terminologie, 19 septembre 2014, M. J... , n° 364385, Rec. p. 272.

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.

Section, 4 février 2015, Ministre de l'intérieur c/ M. C... O..., n°s 383267 383268, Rec. p. 17 av. les concl. de B. B... -Machureau¹⁷).

Alors même que vous en faisiez ainsi des actes particuliers obéissant à un régime propre, vous n'avez jamais véritablement défini les lignes directrices. Comme le soulignait le pt. Stahl dans ses conclusions sur votre décision Comité anti-amiante Jussieu e. a. du 3 mai 2004 (n°s 254961 e. a., Rec. p. 193), elles ont la double caractéristique de fixer des orientations et d'être édictées en vue de l'adoption d'actes futurs – votre décision précitée Min. c/ C... O... évoque l'encadrement de l'action de l'administration par la détermination de critères permettant de mettre en œuvre un texte. L'application des lois et règlements qui laissent un pouvoir d'appréciation à l'administration pour adopter des mesures individuelles, favorables¹⁸ ou défavorables¹⁹, voire des décisions d'espèce ou des actes réglementaires²⁰, est naturellement la terre d'élection de ces documents.

Si nous vous en parlons dès à présent, c'est que votre décision Crédit Foncier de France doit être comprise dans son contexte, en lien et en cohérence avec la jurisprudence Notre-Dame-du-Kreisker. Elle est adoptée un an et demi après la décision Société Distillerie Brabant et Cie (Section, 23 mai 1969, Rec. p. 264 av. les concl. de N. Questiaux), par laquelle vous avez jugé, vous écartant de la proposition de votre commissaire du Gouvernement, que les ministres ne disposent pas d'un pouvoir réglementaire propre hors du champ de la jurisprudence Jamart, même pour répondre aux besoins de l'administration et garantir l'application uniforme des textes. L'admission de la faculté d'adopter néanmoins des lignes directrices est, en quelque sorte, une atténuation de la rigueur de cette solution²¹. Elle fait

¹⁷ V. aussi 20 mars 2017, Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes, n° 401751, Rec. p. 99 ; 25 mai 2018, Société OCEA, n° 404382, T. pp. 508-589.

¹⁸ V. not., s'agissant de l'utilisation du domaine maritime et fluvial de l'Etat et l'attribution de concession d'endiguage, Section, 19 novembre 1977, Société anonyme Entreprise J. Marchand, n° 00619, Rec. p. 442 av. les concl. du pt. Franc ; s'agissant de l'attribution de subventions, 23 mai 1980, Agence nationale pour l'amélioration de l'habitat, n° 13433, Rec. p. 238 et 25 juillet 1985, Mme Blat, n° 58534, T. pp. 483-680 ; s'agissant de l'attribution de bourses, 29 juillet 1994, Min. c/ Epoux Gentilhomme, n° 147978, Rec. p. 371 et 19 septembre 2014, M. J... , n° 364385, Rec. p. 272 ; s'agissant de la délivrance de certificats ouvrant droit au bénéfice du régime économique de la presse, 10 novembre 1999, Union des aveugles du Sud-Ouest, n° 191903, T. pp. 583-929 et 5 juillet 2000, SARL Mediaterra, n° 209226, T. pp. 788-1137 ; s'agissant de l'indemnisation des préjudices liés à l'amiante, 3 mai 2004, Comité anti-amiante Jussieu et Association nationale de défense des victimes de l'amiante, n°s 254961 255376 258342, Rec. p. 193 ; s'agissant de l'attribution d'un nouveau nom de famille, 19 mars 2010, Garde des sceaux, ministre de la justice c/ conjoints M... , n° 320599, T. pp. 603-767 ; s'agissant de la reconnaissance d'utilité publique des fondations, 16 avril 2010, Mme P...-V... , n° 305649, Rec. p. 111.

¹⁹ V. not., s'agissant de l'attitude à adopter par l'administration pénitentiaire à l'égard des détenus particulièrement signalés, 12 novembre 1986, Winterstein, n°s 62622 e. a., T. pp. 338-386-602-647 ; s'agissant de l'appréciation du respect, par les sociétés nationales de programmes, de leurs obligations, 7 juillet 1999, Front National, n° 198357, Rec. p. 245 ; s'agissant de l'appréciation des projets d'interdiction de services de transport par autocar, 20 mars 2017, Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes, n° 401751, Rec. p. 99 ; s'agissant de l'usage, par la CNIL, de son pouvoir de sanction, 16 octobre 2019, La Quadrature du Net et X... , n° 433069, Rec. p. 358 av. les concl. d'A. Lallet.

²⁰ V., s'agissant de la révision des cartes sanitaires régionales de court séjour, 6 mars 1991, Union Hospitalière privée, n° 101286, T. pp. 654-1211 ; s'agissant du découpage des circonscriptions cantonales, 3 novembre 2014, Département de la Côte-d'Or, n° 377431, T. p. 488-544-545-675.

²¹ Ainsi que le pt. Stirn le met en évidence dans *Les sources constitutionnelles du droit administratif* (LGDJ,

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.

directement écho à la problématique soulevée par N. Questiaux : les lignes directrices, tout en orientant l'administration, sont un instrument qui vise à garantir le respect du principe d'égalité – les motifs permettant de s'en écarter sont identiques à ceux qui justifient une dérogation à l'égalité et leur champ d'intervention recouvre le champ d'application du principe d'égalité (v. votre décision Min. c/ Cortes Ortiz, préc.).

Dans ce contexte, le mystère de ces actes qui ne sont pas réglementaires alors qu'ils sont à la fois invocables et opposables et qu'ils fixent ce que vous avez vous-mêmes régulièrement appelé des normes ou des règles²² s'explique simplement : si les lignes directrices ne sont pas réglementaires, ce n'est pas à cause de leur contenu – vous n'hésiteriez guère à qualifier de réglementaire un décret fixant des critères pour l'application de la loi tout en prévoyant qu'il est dérogé à ces critères lorsque les particularités d'une situation ou un motif d'intérêt général le justifie – mais pour la simple raison que leurs auteurs n'ont pas le pouvoir réglementaire.

Et, dans le cadre de la jurisprudence Notre-Dame-du-Kreisker, il s'en déduisait directement qu'ils ne pouvaient pas faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, puisque le critère de recevabilité était le caractère réglementaire de l'acte et que vous l'aviez écarté en jugeant que, bien que novatoires, puisqu'elles énoncent des critères nouveaux, les lignes directrices ne sont cependant pas impératives, puisque l'administration peut s'en écarter (v. 18 octobre 1991, Union nationale de la propriété immobilière, n° 75831, Rec. p. 338 ; 20 décembre 2000, Conseil des industries françaises de défense, n° 204847, T. pp. 786-789-1141-1144).

En somme, dans cet état jurisprudentiel, tout ce qui était réglementaire était invocable²³, opposable et contestable ; tout ce qui ne l'était pas n'était pas contestable, mais les lignes directrices, documents que l'on pourrait qualifier de para-réglementaires, pouvaient néanmoins être invoquées par les administrés et opposées par l'administration.

2.3. La faiblesse du critère de recevabilité tenant au caractère réglementaire de l'acte et de l'opposition du réglementaire et de l'interprétatif, qui sous-tendait cet ensemble jurisprudentiel, avait été soulignée par le président Tricot dès ses conclusions sur l'affaire Notre-Dame-du-Kreisker : elle résulte de ce qu'il est bien délicat de distinguer entre ce qui n'est qu'une interprétation et ce qui comporte une règle nouvelle – « entre les deux hypothèses il n'y a pas de limite précise », vous disait-il.

Cette faiblesse s'est accentuée à mesure que vous avez atténué la portée du critère du caractère novatoire des énonciations de la circulaire. Vous avez en effet admis de regarder comme novatoire toute interprétation d'un texte qui méconnaissait ce texte et, par suite, y ajoutait (v. not. 15 mai 1987, Ordre des avocats à la cour de Paris, n° 76867, Rec. p. 75 ; Assemblée, 29 juin 1990, GISTI, Rec. p. 171 av. les concl. de R. Abraham ; Section, 26 février 1993, RPR, Rec. p. 38). Pour peu qu'elle soit en outre impérative, cette interprétation en devenait alors réglementaire – ce qui conduisait à déduire le caractère réglementaire de la

coll. Systèmes cours, 10^e éd., 2019, pp. 95 ss.

²² V. not., outre la décision Crédit Foncier de France elle-même, 27 octobre 1972, Min. c/ Delle Ecarlat, n° 82912, Rec. p. 682 ; 23 mai 1980, Agence nationale pour l'amélioration de l'habitat, n° 13433, Rec. p. 231.

²³ V., *a contrario*, s'agissant de circulaires non réglementaires, 31 juillet 1992, Préfet de Seine-et-Marne c/ Kizil, n° 132778, T. pp. 662-971-1169-1240 ; 26 octobre 1992, Min. c/ Jonquet, n° 91745, T. pp. 662-1240.

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.

circulaire impérative de l'illégalité de l'interprétation qu'elle retenait. De la sorte, vous avez tendu un pont entre la contestabilité du document et sa légalité.

3. Assez naturellement, cela a conduit à interroger le maintien, dans l'appréciation de la recevabilité du recours contre la circulaire, du critère du caractère novatoire de son contenu – que vous aviez ainsi sensiblement affaibli. Le débat, vous vous en souvenez, s'est cristallisé sur la question de savoir si, au-delà du caractère incorrect de l'interprétation, l'illégalité du texte interprété affectait la légalité de la circulaire – et la rendait par suite contestable –, alors même qu'elle se bornerait à donner une interprétation fidèle de ce texte. Il opposait deux thèses : celle selon laquelle le constat de la fidélité de l'interprétation au texte interprété épuise le débat et conduit au rejet du recours comme irrecevable, la circulaire ne pouvant alors être réglementaire²⁴ ; et celle souhaitant au contraire aller plus loin en saisissant, à travers la circulaire, la norme réitérée – ce qui revenait à laisser définitivement de côté l'impossibilité, déjà réduite à peau de chagrin, de contester les circulaires purement interprétatives.

3.1. C'est cette seconde thèse qui l'a emporté, sans que l'on sache bien à quel moment le débat a été tranché. La solution a émergé brutalement (du moins sans que les conclusions de votre commissaire du gouvernement ne permettent de s'y attendre – ni, en conséquence, de l'éclairer) dans une décision IFOP du 18 juin 1993 (n°s 137317 e. a., Rec. p. 178), qui affirmait pour la première fois que l'interprétation donnée par l'autorité administrative des lois et règlements qu'elle a pour mission de mettre en œuvre peut être déférée au juge de l'excès de pouvoir non seulement si elle méconnaît le sens et la portée des prescriptions législatives ou réglementaires qu'elle se propose d'explicitier mais encore si elle « contrevient aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes juridiques », formule dont il fallait déduire que la conformité de la circulaire aux textes qu'elle interprète n'épuisait pas le débat de la recevabilité du recours si ces textes eux-mêmes étaient illégaux. La formule a été reprise à l'identique par votre décision d'Assemblée M. V... (28 juin 2002, n°s 220361 228325, Rec. p. 229), qui s'est inscrite dans le cadre de cette jurisprudence, sans véritable intention, cependant, de la graver dans le marbre – mais qui avait l'aura d'une décision d'Assemblée. Et votre décision de Section Mme Duvignères (18 décembre 2002, n° 233618, Rec. p. 463 av. les concl. de la pte Fombour), postérieure d'à peine six mois, a été fidèle à l'Assemblée du contentieux.

Elle a énoncé un considérant de principe que vous connaissez par cœur : « l'interprétation que par voie, notamment, de circulaires ou d'instructions l'autorité administrative donne des lois et règlements qu'elle a pour mission de mettre en œuvre n'est pas susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir lorsque, étant dénuée de caractère impératif, elle ne saurait, quel qu'en soit le bien-fondé, faire grief ; [...] en revanche, les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction doivent être regardées comme faisant grief, tout comme le refus de l'abroger ; [...] le recours formé à leur encontre doit être accueilli si ces

²⁴ V. not. 15 avril 1996, Union des industries chimiques, n° 136488, T. pp. 666-1067 ; 6 mai 1996, EARL du domaine d'Albareto, n° 133859, T. pp. 666-776-809-1067 ; 27 mai 1998, GISTI, n° 170175, T. pp. 672-673-682-947-948 ; 8 juillet 1998, Fédération française des spiritueux, n° 186184, Rec. p. 299 ; 28 juillet 2000, Confédération française de la boucherie, boucherie-charcuterie, traiteurs, n° 206594, T. pp. 788-979.

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.

dispositions fixent, dans le silence des textes, une règle nouvelle entachée d'incompétence ou [s'il] est soutenu à bon droit qu'elles sont illégales pour d'autres motifs, [ou] que l'interprétation qu'elles prescrivent d'adopter, soit méconnaît le sens et la portée des dispositions législatives ou réglementaires qu'elle entendait expliciter, soit réitère une règle contraire à une norme juridique supérieure ».

Cette décision a eu un double apport : elle admet définitivement, d'abord, que la légalité d'une circulaire interprétative est conditionnée par celle des actes qu'elle interprète ; elle en tire ensuite la conséquence en jugeant que cette légalité, que vous ne sauriez examiner entièrement d'office, ne peut plus être la condition de recevabilité du recours (question d'ordre public), et donc que doit être rompu le pont que vous aviez tendu entre légalité de la circulaire et recevabilité du recours dirigé contre elle. Des deux critères que vous maniez pour apprécier le caractère réglementaire des circulaires, la décision Duvignères abandonne en conséquence le critère de l'innovation – c'est-à-dire l'ajout à l'état du droit – pour ne retenir que celui de l'impérativité – c'est-à-dire l'obligation faite à ses destinataires de s'y conformer.

Il est ainsi important de noter – nous espérons vous l'avoir suffisamment souligné – que le critère de l'impérativité n'est pas une innovation de l'arrêt Duvignères : il n'est que la reprise d'un critère constant depuis Notre-Dame-du-Kreisker pour caractériser la portée décisoire, contraignante, de la circulaire. La jurisprudence Duvignères ne s'est donc pas réellement écartée du critère de recevabilité historique qu'est le caractère décisoire de l'acte ; elle l'a uniquement réinterprété – et la doctrine a pu se féliciter de la reconnaissance, par le Conseil d'État, de ce qu'une décision n'avait pas forcément à innover²⁵, c'est-à-dire à comporter des énoncés juridiques nouveaux.

Logiquement mais paradoxalement, dans ce cadre rénové, vous avez réaffirmé que les lignes directrices ne faisaient pas grief et ne pouvaient donc faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (v. 3 mai 2004, Comité anti-amiante Jussieu et Association nationale de défense des victimes de l'amiante, n°s 254961 e. a., Rec. p. 193). Logiquement, parce que la décision Duvignères avait supprimé le critère de l'innovation tout en laissant le critère de l'impérativité et que vous aviez jugé que c'est ce critère qui faisait défaut aux lignes directrices – la pte Fombour soulignait ainsi, dès ses conclusions sur l'affaire Duvignères, qu'elle laisserait inchangée l'irrecevabilité de principe des recours dirigés contre les lignes directrices. Paradoxalement, néanmoins, car ces actes para-réglementaires, qui fixent des critères et sont à la fois invocables et opposables s'ils sont publiés, demeurent insusceptibles de contestation directe alors que des actes sensiblement plus éloignés de la normativité – tels que des interprétations impératives – peuvent être saisis directement par le juge.

Si nous résumons l'état jurisprudentiel issu de la décision Duvignères, les circulaires qui procèdent de l'exercice du pouvoir réglementaire Jamart d'organisation du service demeurent évidemment susceptibles de recours ; les circulaires interprétatives impératives le sont désormais systématiquement ; les lignes directrices ne le sont pas, tout comme les circulaires non impératives (v., pour un commentaire factuel, 19 mars 2003, Association française des

²⁵ Ou du moins que l'innovation pouvait résulter de la seule réaffirmation.

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.

opérateurs de réseaux multiservices Aform et autres, n° 237513, T. pp. 896-898-977). Et, par importation du contentieux des actes réglementaires, il existe un strict parallélisme entre l'ouverture du recours contre la circulaire et celle du recours contre le refus de l'abroger.

3.2. Pour avoir été adoptée de façon fragmentée et au milieu d'un débat comme rarement ces murs en ont connu d'aussi vifs, la jurisprudence Duvignères n'en a pas moins prospéré.

3.2.1. Comme le soulignaient vos commentateurs autorisés à l'occasion de la célébration de ses dix ans²⁶, les craintes qu'a pu susciter l'ouverture du prétoire aux circulaires purement interprétatives ne se sont, tout d'abord, pas réalisées ; le nombre de recours dirigés contre des circulaires, dont vous connaissez en premier ressort lorsqu'elles émanent des ministres ou autorités à compétence nationale, n'a pas crû dans des proportions exponentielles.

3.2.2. Le critère de l'impérativité, par ailleurs, n'a pas posé de réelles difficultés d'usage. Cela s'explique notamment par le fait que vous en avez fait une application particulièrement souple. Après un temps d'hésitation (v. 4 février 2004, OPHLM de Seine-et-Marne, n° 248647, T. pp. 655-800), vous avez précisé que même le résumé ou la réitération d'une norme supérieure était susceptible de recours s'il présentait un caractère impératif (6 mars 2006, Syndicat national des enseignants et artistes, n° 262982, Rec. p. 107 ; 2 décembre 2011, Confédération française des travailleurs chrétiens, n° 333472, Rec. p. 602). Vous avez su, en outre, vous départir de tout formalisme dans la caractérisation des circulaires impératives (v., à propos d'un message électronique, 3 février 2016, Conseil national de l'ordre des infirmiers, n° 381203, T. pp. 602-863). Et rares sont demeurées les hypothèses dans lesquelles vous avez écarté le caractère impératif d'une circulaire ; vous ne l'avez fait, pour l'essentiel²⁷, que lorsque le document contesté n'était pas destiné à l'administration (v. not. 19 mars 2003, Association française des opérateurs de réseaux multiservices Aform et autres, n° 237513, T. pp. 896-898-977 ; 1^{er} mars 2004, Syndicat national des professions du tourisme CGC, n° 254081, Rec. p. 105 ; 17 mai 2017, M. L..., n° 404270, Rec. p. 408 ; 12 juillet 2017, M. B... , n° 401997, T. pp. 429-537-552 ; 7 février 2018, M. Y... , n° 402034, T. pp. 507- 624-637 ; 26 avril 2018, M. R.. et autres, n°s 417809 e. a., Rec. p. 142 av. les concl. de R. Victor), si bien qu'il n'était même pas vraiment une circulaire, ou lorsque ses destinataires n'étaient pas directement compétents pour mettre en œuvre les textes commentés (v. 26 mai 2009, Syndicat national des personnels techniques et de travaux de l'équipement de la CGT, n° 306757, T. pp. 599-880 ; 30 janvier 2015, Syndicat des directeurs généraux des établissements du réseau des chambres de commerce et d'industrie, n°s 375861 376094, T. pp. 527-789 ; du même jour, Département des Hauts-de-Seine et autres, n°s 371415 e. a., T. pp. 528-787-789 ; 21 octobre 2015, M. P.. , n° 374927, T. pp. 627-789).

Vous vous êtes si bien acclimatés au critère de l'impérativité que vous l'avez appliqué au-delà du champ strict de la jurisprudence Duvignères – qui ne concernait que les interprétations du droit positif²⁸ – pour admettre la recevabilité de recours dirigés contre des circulaires

²⁶ X. Domino, A. Bretonneau, *Les joies de la modernité : une décennie de contentieux des circulaires*, AJDA 2012.691.

²⁷ S'agissant des décisions qui ont eu l'honneur d'une publication au Recueil ou d'une mention aux Tables.

²⁸ Ce qui inclut, au-delà des lois et règlements, la jurisprudence (v. 24 avril 2012, A...-J..., n° 345301, T. pp. 530-532-924-943-944 ; 23 juillet 2012, Association enfances et familles d'adoption, n° 347677, T. pp. 530-532-801).

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.

strictement réglementaires, en particulier de celles relevant du pouvoir d'organisation du service de leurs auteurs (v. not. 27 juillet 2005, Fédération E.I.L. et autres, n°s 276433 e. a., T. pp. pp. 693-902-1007 ; 9 novembre 2011, GISTI, n° 348773, T. pp. pp. 723-724-745-757-819-829-963 ; 26 décembre 2012, Association « Libérez les Mademoiselles ! », n° 358226, Rec. p. 501 ; 3 février 2016, Conseil national de l'ordre des infirmiers, n° 381203, T. pp. 602-863) – ce qui n'a rien de surprenant, le critère de l'impérativité étant tiré, nous vous l'avons expliqué, de la définition de l'acte décisoire. Nous y voyons aussi la manifestation du caractère très souvent « mixte » des notes, instructions et circulaires adoptées par l'administration, qui, en un unique document, informent sur une situation, interprètent le droit et édictent des mesures d'organisation sans formaliser aucunement le passage d'une fonction à l'autre (v. not., faisant le départ dans les énonciations d'une circulaire, 3 octobre 2003, M. MO..., n° 215180, T. pp. 626-797-895 ; 26 avril 2006, Syndicat des avocats de France, n° 273757, Rec. p. 201). Le critère de l'impérativité a su constituer un unique tamis de la contestabilité de ces divers énoncés.

Vous avez aussi su fixer les limites du champ d'application du régime Duvignères, en particulier en matière de réponses ministérielles. Vous fondant sur la nature particulière de ces documents dans la relation entre l'exécutif et le Parlement, et en dépit des conclusions de L. Olléon, vous avez refusé de leur appliquer au cas par cas le critère de l'impérativité pour déterminer la recevabilité des recours tendant à leur annulation ; vous les avez écartées par principe de votre prétoire en y faisant exception dans les seuls cas où leur contenu est opposable à l'administration – était en cause l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales (v. Section, 16 décembre 2005, Société Friadent France, n° 272618, Rec. p. 580)²⁹.

3.2.3. Si l'on examine par ailleurs la nature des contestations dont vous avez eu à connaître, il faut certainement admettre que le contentieux des circulaires a souvent servi de prétexte à la contestation des normes que ces actes interprétaient ou dont ils organisaient l'application. Mais, outre le fait que c'est là quelque chose que vous aviez accepté dès la décision Duvignères, pour sanctionner les illégalités patentes sans attendre qu'elles aient sévi³⁰, ces contentieux prétextes ne peuvent être regardés comme vains, car la censure d'une circulaire, quand bien même elle laisse intacte la norme commentée, n'est évidemment pas sans conséquence sur son application. L'instauration de la QPC, en outre, a conduit à ce que le contentieux des circulaires puisse avoir une portée directe sur l'ordonnancement juridique. Ce qui, en retour, a renforcé l'usage de ce contentieux comme un marchepied³¹ pour saisir les normes supérieures – mais le mécanisme de la QPC, qui conduit à isoler la question de constitutionnalité du reste du litige pour la traiter de façon abstraite, est tout sauf incompatible avec cet usage du contentieux d'actes de portée générale.

3.2.4. Enfin, votre jurisprudence sur la recevabilité des recours contre les circulaires et le refus de les abroger n'a guère été remise en cause par les interventions successives du législateur et du pouvoir réglementaire pour esquisser un régime des circulaires. Elle s'est

²⁹ Ce qui, eu égard à la portée de la garantie ouverte par l'article 80 A du LPF, conduit, dans un paradoxe qui n'est pas sans rappeler l'application de la jurisprudence Notre-Dame-du-Kreisker, à examiner d'abord si la réponse ministérielle ajoute à la loi pour en déduire ensuite la recevabilité du recours pour excès de pouvoir.

³⁰ Pour reprendre les mots du pt. Tricot.

³¹ Nous empruntons l'expression à X. Domino et A. Bretonneau (v. chronique précitée).

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.

adaptée sans difficulté à l'obligation de publication des actes comportant une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives, issue de la loi du 17 juillet 1978³², de même qu'à l'abrogation implicite ou l'inapplicabilité et l'inopposabilité de ceux de ces actes n'ayant pas été publiés, issue du décret du 8 décembre 2008³³ – règles aujourd'hui insérées dans le code des relations entre le public et l'administration (v. art. L. 312-2 à R. 312-7 du CRPA)³⁴. L'opposabilité conférée par la loi à certains de ces documents n'a pas davantage heurté le cadre de votre jurisprudence ; vous en avez tenu compte pour apprécier le caractère impératif des circulaires (v. not., s'agissant de l'article L. 80 A du LPF, 1^{er} mars 2004, Syndicat national des professions du tourisme CGC, n° 254081, Rec. p. 105, et *l'a contrario* qui s'en évince ; v. aussi, s'agissant d'une circulaire opposable sur le fondement de l'article L. 243-6-2 du code de la sécurité sociale, 8 février 2017, SA Orange, n° 405102, T. pp. 428-452-812)³⁵. Bien que vous n'ayez pas encore eu l'occasion d'en faire application, l'article L. 312-3 du CRPA, qui permet à toute personne de se prévaloir, dans les conditions qu'il fixe, de certaines des circulaires, notes et réponses ministérielles comportant une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives, nous paraît lui aussi impliquer que ces documents et le refus de les abroger soient regardés comme faisant grief.

En définitive, vous l'avez compris, en dehors du paradoxe de son application aux lignes directrices³⁶, votre jurisprudence Duvignères n'a pas à rougir de son bilan.

4. Nous croyons, pour autant, qu'elle doit aujourd'hui être dépassée, non seulement pour remédier au paradoxe de son application aux lignes directrices, mais aussi parce que la pratique administrative et l'évolution de votre jurisprudence sur les actes non décisifs nous paraissent en manifester les limites.

4.1. L'affaire qui a été appelée en est une bonne illustration.

La sous-direction de l'immigration et de l'éloignement de la direction centrale de la police aux frontières (DCPAF) est notamment chargée de procéder à l'examen technique des documents d'identité et de voyage, de centraliser et diffuser l'information sur les techniques de fraude et de centraliser et analyser les informations opérationnelles au profit des services de contrôle et d'investigation³⁷. Elle compte pour cela au nombre de ses services la division de l'expertise en fraude documentaire et à l'identité (DEFDI), dont la mission principale est

³² Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

³³ Décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008 relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires.

³⁴ V. not. 16 avril 2010, A..., n° 279817, T. pp. 603-626 ; 16 avril 2012, Comité Harkis et Vérité, n°s 335140 335141, T. p. 626 ; 7 avril 2011, Association SOS Racisme-Touche pas à mon pote, n° 343387, Rec. p. 155 ; 26 juillet 2018, Syndicat national des guides professionnels de canoë-kayak et disciplines associées, n° 414151, T. pp. 508- 537- 828.

³⁵ Comme vous en avez tenu compte pour déroger à l'irrecevabilité de principe des recours contre les réponses ministérielles (v. Section, 16 décembre 2005, Société Friadent France, préc.).

³⁶ Paradoxe qui réside, en réalité, davantage dans la nature de ces actes et leur qualification de non réglementaires que dans le régime de la jurisprudence Duvignères.

³⁷V. l'art. 5 de l'arrêté du 1^{er} février 2011 relatif aux missions et à l'organisation de la direction centrale de la police aux frontières.

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 maintenir la capacité de la France à détecter les faux documents d'identité et de voyage ; à cette fin, elle centralise les informations sur les documents de l'ensemble des pays du monde et alimente un site intranet dédié, dénommé Fraudoc, en informations sur la fraude documentaire et les outils de détection de cette fraude ; lui est rattaché un réseau de trois cents analystes en fraude documentaire et à l'identité, répartis sur l'ensemble du territoire et qui peuvent notamment être consultés pour l'analyse de documents d'identité ou de voyage.

A la fin de l'année 2017, la DEFDI a été informée par le service de sécurité intérieure de l'ambassade de France à Conakry de l'existence d'une fraude généralisée aux actes d'état civil et aux jugements supplétifs tenant lieu d'acte de naissance en Guinée. Le 1^{er} décembre 2017, elle a alors publié, sous son timbre, sur le site intranet Fraudoc, une note d'actualité qui n'est ni signée ni adressée à des destinataires identifiés. Cette note reprend les informations obtenues des services de l'ambassade, qui indiquaient notamment que la base de l'état civil guinéen n'est ni centralisée, ni numérisée, que d'innombrables erreurs sont commises dans la délivrance d'extraits d'acte de naissance, que les fonctionnaires en charge de la délivrance facturent ce service à leur profit et sont capables de délivrer n'importe quel document à n'importe qui en tout lieu du pays et que les tribunaux ne font pas exception à cette diffusion généralisée de documents ne reflétant pas la réalité de l'état civil. La note se conclut par une mention selon laquelle la DEFDI « préconise de formuler un avis défavorable pour toute analyse d'acte de naissance guinéen » et par une proposition de formulation de cet avis dans les termes suivants : « Au regard des informations sérieuses émanant du service de sécurité intérieure de l'ambassade de France en République de Guinée (Conakry) faisant état d'une fraude généralisée au niveau de l'état civil de ce pays tant au niveau des administrations que des tribunaux, il n'est pas possible de formuler un quelconque avis relatif à l'authenticité du document soumis à analyse. / Un avis défavorable est donc émis ».

Le GISTI vous demande l'annulation de cette note (non publiée et dont rien ne permet de tenir pour établi qu'il aurait eu connaissance plus d'un an avant l'introduction de son recours).

La question la plus délicate que pose cette affaire est, vous l'aurez certainement compris à ce stade, celle de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir dont vous êtes saisis, plus particulièrement celle de savoir si la note contestée est susceptible de faire l'objet d'un tel recours.

Vous pourriez imaginer ne pas traiter de cette question en rejetant au fond le recours. Comme le souligne le pt. Laferrière³⁸, il existe cependant une nuance entre la fin de non-recevoir absolue résultant de la nature de l'acte et les fins de non-recevoir relatives résultant de la qualité du demandeur ou des formes de son recours. Et la tradition orale de cette maison – nous visons par là la position régulièrement exprimée par le pt. Arrighi de Casanova, incarnation s'il en est de l'orthodoxie procédurale – est fermement en ce sens, en dépit d'une jurisprudence pour le moins disparate, qu'il n'est pas possible de rejeter au fond un recours dirigé contre un acte insusceptible de recours – car le juge est alors fatalement conduit à violer lui-même la règle de recevabilité. Par attachement à l'orthodoxie et parce que cette affaire a été rayée du rôle de vos chambres réunies et inscrite au rôle de votre formation de jugement

³⁸ *Ibid.*, t. 2nd, p. 396.

précisément pour cela, vous pourrez donc vous prononcer expressément sur la recevabilité du recours.

Vous devrez alors constater que l'acte attaqué n'est ni réglementaire, ni impératif. Il n'énonce ni règle, ni mesure d'organisation du service et ne prescrit aucun comportement. Il se borne à donner une information – sur l'état civil en Guinée – et à formuler en conséquence une recommandation, sur les réponses à donner aux demandes d'analyse de documents d'état civil guinéens.

Vous pourriez certainement, quitte à forcer un peu le trait, le regarder comme comportant des lignes directrices : il a vocation à fixer un comportement de principe dans l'analyse des actes guinéens, auquel il peut être dérogé selon les particularités des actes examinés et des documents qui les accompagnent ; et vous avez déjà qualifié de lignes directrices, au-delà du cas typique du document fixant les critères d'attribution d'un avantage prévu par un texte, des documents de natures très diverses (v. not., s'agissant d'une méthode d'analyse de demandes d'avis, 27 octobre 1972, Ministre de la santé publique et de la sécurité sociale c/ Demoiselle Ecarlat, n° 82912, Rec. p. 682 ; 20 mars 2017, Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes, n° 401751, Rec. p. 99³⁹). Mais cela n'aurait guère d'incidence sur la recevabilité du recours, les lignes directrices n'ayant pas de caractère impératif.

En l'état de votre jurisprudence, le recours dirigé contre ce document n'est donc pas recevable.

Une telle solution nous paraît cependant insatisfaisante, en ce qu'elle exclut de votre prétoire un acte qui a vocation à servir de référence à l'administration dans l'exercice de ses compétences, c'est-à-dire un acte qui, non pas vraiment en droit mais en pratique bien réellement, va fonder – directement ou indirectement, en tout ou en partie, mais fonder tout de même – des décisions administratives. Ne serait-ce que pour cette raison, nous pensons qu'un tel document ne peut plus, aujourd'hui, demeurer hors de portée du recours pour excès de pouvoir.

4.2. Ce document est un parfait exemple de l'évolution des circulaires. Le temps est révolu (ou presque) des circulaires interprétatives et des lignes directrices signées de la main du ministre et adressées aux services déconcentrés. Dans une circulaire du 17 juillet 2013⁴⁰, le Premier ministre prescrivait ainsi aux ministres de ne plus signer de circulaires que pour la diffusion d'instructions en vue de la mise en œuvre d'une politique publique, et d'utiliser des outils intranet des ministères pour la diffusion des recommandations, éclaircissements et précisions techniques et méthodologiques pour la mise en œuvre des textes et politiques. Le document contesté, recommandation publiée sur un intranet dédié du ministère de l'intérieur, en est la parfaite illustration.

³⁹ V. aussi, s'agissant de la méthode d'analyse d'une demande d'autorisation de concentration, 25 mai 2018, Société OCEA, n° 404382, T. pp. 508-589.

⁴⁰ V. Circulaire du 17 juillet 2013 relative à la simplification administrative et au protocole des relations avec les services déconcentrés.

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.

La circulaire soulignait en outre l'opportunité de recourir à des modes de relation fondées sur l'interactivité, par exemple sous forme de questions-réponses ou de forums d'échanges, ou encore de plateformes collaboratives.

Dans une nouvelle circulaire du 5 juin 2019⁴¹, le Premier ministre relevait que « les circulaires de commentaires ou d'interprétation de la norme sont des outils du passé inadaptés aux nécessités de notre époque marquées par la transparence et l'accès immédiat et partagé de l'information » et prescrivait en conséquence aux membres du Gouvernement de remplacer ces circulaires par la mise à disposition d'une documentation régulièrement tenue à jour sur les sites internet des ministères, de façon à ce que les agents publics, les élus locaux et les citoyens disposent des mêmes références pour l'application des textes⁴².

Ce mouvement nous paraît avoir deux conséquences. D'une part, il conduit à fragmenter les circulaires dans de multiples pages de sites intranet ou internet qui n'ont ni auteur individuel, ni destinataire désigné. D'autre part, il tend à placer l'administration centrale en situation de soutien de l'administration déconcentrée davantage qu'en situation de commanditaire.

Il en résulte que, sans que son caractère de référence essentielle pour l'action administrative ne soit affecté, l'impérativité de la circulaire se perd. Pour le dire simplement, ce n'est plus tant dans l'exercice du pouvoir hiérarchique que dans l'appui aux services chargés d'appliquer les textes qu'est recherchée la mise en œuvre efficace des politiques publiques. Or dans les multiples documents de référence que l'administration met ainsi en ligne (sur internet ou sur intranet) à destination de ses agents, vous peinerez toujours à identifier une forme d'impérativité, d'autant plus que vous ne pourrez vous appuyer sur le lien entre l'auteur du document et ses destinataires (ni l'un ni les autres n'étant identifiés), d'autant plus encore que l'administration prendra le soin d'user de formules souples, telles que la recommandation.

Tendanciellement – et sauf à qualifier des documents d'impératifs sur la base de considérations tout autres que celles qui ont présidé jusqu'ici à l'application de votre jurisprudence Duvignères – vous ne pourrez donc que rejeter comme irrecevables de plus en plus de recours dirigés contre les circulaires, ou plutôt ce qu'elles sont devenues.

Or, ces documents ont beau n'être pas impératifs, ils n'en servent pas moins de références pour l'action administrative, et n'occupent donc pas une place moins centrale dans cette action. Dans ces conditions, en vous focalisant sur l'impérativité des documents plutôt que sur leur incidence effective sur les droits et la situation des administrés à travers leur utilisation comme outils de référence, vous risquez de lâcher la proie pour l'ombre, en vous éloignant d'une approche concrète et réaliste de ce qui fait grief et en laissant finalement hors de votre contrôle des pans substantiels de l'action administrative.

En cela, le critère de l'impérativité nous semble, sinon rendu désuet, du moins remis en question par l'évolution de la pratique administrative.

⁴¹ Circulaire n° 6087/SG du 5 juin 2019.

⁴² A nouveau, il prescrivait de ne conserver la forme des circulaires que pour « l'accompagnement, le suivi et l'exécution des réformes ».

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.

4.3. Il l'est bien plus encore par l'évolution de votre jurisprudence. Par vos décisions Fairvesta et Numéricable (Assemblée, 21 mars 2016, Société Fairvesta International GMBH et autres, n°s 368082 368083 368084, Rec. p. 76 av. les concl. de S. von Coester ; du même jour, Société NC Numericable, n° 390023, Rec. p. 88 av. les concl. de V. Daumas), vous avez, vous vous en souvenez, franchi le Rubicon du critère de l'acte décisoire pour faire entrer dans votre prétoire des actes n'ayant pas d'effets juridiques directs mais dont les effets pratiques sur certaines personnes étaient tels que celles-ci devaient pouvoir en contester la légalité.

Avant même cette petite révolution, votre jurisprudence avait su faire preuve de souplesse dans la caractérisation des actes décisores faisant grief. D'une part, en vous inspirant précisément de la jurisprudence Duvignères, vous aviez admis que certaines prises de position de l'administration à l'égard des tiers, alors même que n'existait entre l'une et les autres aucun lien hiérarchique ni réel pouvoir de contrainte, devaient être regardées comme impératives et par suite susceptibles de recours (v. 26 septembre 2005, Conseil national de l'ordre des médecins, n° 270234, Rec. p. 395 ; 13 juillet 2007, Société « Editions Tissot », n° 294195, Rec. p. 335 ; 3 mai 2011, SA Voltalis, n° 331858, T. pp. 723-748-755-948). D'autre part, vous aviez également admis que des actes non décisores acquéraient, en quelque sorte, cette qualité lorsque le non-respect de leurs prescriptions était susceptible d'être ultérieurement sanctionné (27 avril 2011, Association pour une formation médicale indépendante (FORMINDEP), n° 334396, Rec. p. 168 ; 4 octobre 2013, Société Les Laboratoires Servier, n° 356700, T. pp. 519-747-844-848) ; dans cette deuxième hypothèse, c'est en quelque sorte l'ombre portée de la sanction qui confère à l'acte son caractère impératif.

Tout en reprenant ces deux veines jurisprudentielles (qu'avait synthétisées votre décision Société Casino Guichard-Perrachon du 11 octobre 2012 – n° 357193, Rec. p. 361), vos décisions Fairvesta et Numéricable les ont dépassées en reconnaissant le caractère d'actes faisant grief des avis, recommandations, mises en garde et prise de position des autorités de régulation qui ne créent ni droit ni obligation mais sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou qui ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent.

Par ces décisions fondatrices, vous avez ainsi brisé la chaîne qui liait la justiciabilité d'un acte à son caractère décisoire et fait tomber le postulat selon lequel ce qui ne s'impose pas en droit ne peut pas faire grief. Vous l'avez fait par souci de réalisme, sur la base du constat que, indépendamment de leurs effets juridiques, les actes de l'administration sont de nature à exercer une influence sur le réel, et pour assurer le maintien d'un contrôle juridictionnel effectif de l'action administrative, ce qui est l'objet même du recours pour excès de pouvoir.

Principalement par crainte d'un afflux massif de recours, vous avez, dans un premier temps, cantonné cette solution aux actes des autorités de régulation – sans pour autant définir cette notion apparemment organique. Dans ce cadre, vous avez naturellement été conduits à revenir, pour ces autorités, sur la solution d'irrecevabilité du recours direct contre les lignes directrices. Par une décision Société Bouygues Télécom et autres du 13 décembre 2017 (n°s 401799, Rec. p. 356 av. les concl. de X. Domino⁴³), vous avez jugé que des lignes

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.

directrices édictées par une autorité de régulation, quand même elles ne présentent pas un caractère impératif, sont néanmoins susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation lorsqu'elles sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles elles s'adressent⁴⁴.

En résulte, en matière de lignes directrices, une solution asymétrique : dans le champ de la jurisprudence Fairvesta-Numéricable, c'est-à-dire lorsqu'elles émanent d'autorités de régulation, elles peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ; hors de ce champ, elles demeurent, dans le cadre de la jurisprudence Duvignères, inatteignables à une telle action.

Or, dans un second temps, vous avez fait application de la jurisprudence Fairvesta-Numéricable hors de son champ organique initial – celui des autorités de régulation. Par votre décision Mme LP... du 19 juillet 2019 (Assemblée, n° 426389, Rec. p. 326), vous avez, en effet, admis la recevabilité du recours dirigé contre l'appréciation dont la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) assortit la déclaration de situation patrimoniale d'un député, sans passer par la qualification d'autorité de régulation de la HATVP, en relevant uniquement qu' « alors même qu'elle est dépourvue d'effets juridiques, cette prise de position d'une autorité administrative (...) est de nature à produire, sur la personne du député qu'elle concerne, des effets notables, notamment en termes de réputation, qui au demeurant sont susceptibles d'avoir une influence sur le comportement des personnes, et notamment des électeurs, auxquelles elle s'adresse ». En d'autres termes, vous avez admis que le constat – selon lequel l'administration agit sur son environnement par des actes sans effets juridiques directs – comme la solution – l'ouverture du recours pour excès de pouvoir contre ces actes – des décisions Fairvesta et Numéricable étaient valables à propos des actes de toute autorité administrative.

Il est notable que cette décision n'a pas réécrit le « considérant » de principe des décisions Fairvesta et Numéricable mais s'est limitée, si l'on peut dire, à se libérer du carcan du champ d'application organique de cette jurisprudence. Assurément, celle-ci est encore en mouvement.

Le fait qu'elle n'ait pas encore trouvé son point d'équilibre définitif ne vous interdit cependant pas d'en tirer quelques conséquences. A cet égard, l'on ne peut que constater que le paysage juridique en la matière est aujourd'hui morcelé et dépourvu de cohérence d'ensemble. D'une part, en effet, comme l'ont relevé vos commentateurs autorisés⁴⁵, la solution de votre décision Comité anti-amiante Jussieu paraît désormais en sursis : si les critères de la jurisprudence Fairvesta conduisent à admettre (au moins dans certains cas) le recours direct contre les lignes directrices et si le champ d'application de cette jurisprudence n'est plus limité aux actes des autorités de régulation, la solution de votre décision Bouygues

⁴³ V. aussi, bien que ne procédant pas à la qualification de lignes directrices, 21 octobre 2019, Association française de l'industrie pharmaceutique pour une automédication responsable, n°s 419996 419997, Rec. p. 374.

⁴⁴ Vous avez ainsi admis que les lignes directrices ne s'adressaient pas seulement à l'autorité qui en fera application mais aussi aux personnes régulées, qui y seront soumises.

⁴⁵ V. C. Malverti, C. Beaufils, *Le Conseil d'État donne du mou au droit souple*, AJDA 2019.1995.

Télécom a certainement vocation à s'appliquer à toutes les lignes directrices – donc à remplacer votre jurisprudence Comité anti-amiante Jussieu. D'autre part, si les lignes directrices ont vocation à intégrer le cercle des documents de portée générale contestables, le critère de l'impérativité, qui départageait ce qui entrait dans ce cercle et ce qui en demeurait exclu, paraît à son tour frappé de désuétude. Nous ne croyons pas, en effet, que vous puissiez désormais qualifier les lignes directrices d'actes impératifs, en inversant purement et simplement votre jurisprudence Comité anti-amiante Jussieu pour les regarder comme passant désormais la barre du critère Duvignères. Car, fatalement, cela reviendrait à qualifier ces actes, qui déterminent des critères d'application d'un texte, de réglementaires – nous vous avons dit que c'est par l'absence d'impérativité des lignes directrices que vous aviez justifié leur caractère non réglementaire. Or qualifier ces actes de réglementaires reviendrait à priver les ministres du pouvoir de les adopter, votre jurisprudence Société Distillerie Brabant, qui exclut le pouvoir réglementaire des ministres, ayant désormais été reprise par le Conseil constitutionnel (v. not. Cons. Const., 22 janvier 1990, n° 89-269 DC). L'admission de la justiciabilité des lignes directrices conduit donc inexorablement à remettre en cause le critère de recevabilité tenant à l'impérativité du document.

Aussi pensons-nous que la vague de la décision LP... a fait tomber, non seulement la digue du critère des autorités de régulation de la jurisprudence Fairvesta-Numéricable, mais aussi, et en réalité par voie de conséquence, la digue du critère de l'impérativité de la jurisprudence Duvignères, puisqu'elle a emporté, hors du champ de la régulation, l'idée qu'un acte peut faire grief même s'il ne produit pas d'effet juridique direct et certain. Le critère de l'impérativité, qui procédait de l'idée contraire, ne peut donc plus être – il n'est déjà plus – la condition d'accès à votre prétoire, qui doit s'ouvrir – et s'ouvre déjà – aux actes susceptibles de faire grief autrement que par le droit.

5. Ce constat, si vous le faites avec nous, appelle nécessairement une interrogation – où passe aujourd'hui la frontière entre les circulaires contestables et celles qui ne le sont pas ? – et l'engagement consécutif d'une entreprise de remise en ordre de votre jurisprudence.

5.1. Dans cette entreprise, nous pensons qu'il y a place pour un régime unifié de contestation de l'ensemble des actes de portée générale que l'administration adopte pour son usage, c'est-à-dire des documents de portée générale qu'une autorité publique adresse ou, plus largement, destine à elle-même ou à une autre autorité publique.

Ces documents, que nous avons appelés circulaires par commodité mais qui, dans la pratique administrative issue des dernières circulaires primo-ministérielles, sont bien plus divers – ils incluent notamment des pages intranet ou internet – sont unis par une particularité : étant destinés au premier chef à l'administration, ils n'affectent jamais les tiers à l'administration que de façon médiatisée, par ricochet, parce qu'ils servent de référence à l'administration. Pour cette raison, la jurisprudence Fairvesta-Numéricable ne peut leur être directement transposée : le critère tenant à ce que l'acte a pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles il s'adresse, qui a été retenu par ces décisions, est en effet inapplicable de façon assez radicale aux documents de portée générale adoptés par l'administration pour son usage, puisqu'il est alors toujours satisfait : par construction, une circulaire ou tout autre document analogue de portée générale a pour objet d'influer sur le

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.

comportement des personnes auxquelles il s'adresse, car il est dans sa nature même que d'entendre orienter le comportement des agents de l'administration auxquels il est destiné.

Aussi pensons-nous que la justiciabilité des documents de référence de l'administration appelle un traitement distinct de celui réservé, par votre jurisprudence Fairvesta-Numéricable-LP..., à la justiciabilité des documents émis à destination des tiers. Cette conviction est renforcée par le fait que, s'agissant des documents que l'administration adopte pour son usage, vous n'avez à embrasser – nous vous le disions – que les documents de portée générale. Les avis, recommandations ou instructions relatifs à des situations individuelles ou à des espèces particulières sont quant à eux soumis au crible resserré des critères de la mesure préparatoire⁴⁶. Or, s'agissant des actes destinés aux tiers, vous traitez sans distinction, dans le cadre de votre jurisprudence Fairvesta, les actes de portée générale et ceux qui ne visent qu'une personne ou une situation donnée (v. not., s'agissant de ces derniers, outre les décisions Fairvesta, Numéricable et LP... précitées, 10 novembre 2016, Mme MA... et autres, n°s 384691, Rec. p. 509 ; 31 décembre 2019, Société BFM TV, n°s 431164 432634, à mentionner aux Tables).

5.2. Si vous nous suivez pour traiter de l'ensemble des documents de portée générale que l'administration adopte pour son usage – c'est-à-dire, en somme, les documents de référence dont elle se dote – il vous faudra prendre parti sur le ou les critères qui permettent de déterminer ceux de ces documents qui font grief et sont ainsi susceptibles de recours pour excès de pouvoir.

Nombreuses sont les raisons qui nous paraissent devoir vous conduire à retenir un critère tenant aux effets du document – plus précisément aux effets qu'il est susceptible de produire indirectement au-delà du cercle de ses destinataires premiers.

5.2.1. Ce critère, d'abord, est à la racine de votre jurisprudence sur l'acte faisant grief. C'est toujours en considération des effets de l'acte que vous avez déterminé s'il était ou non susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir : le critère du caractère décisoire de l'acte est lui-même un critère fondé sur ses effets, envisagés principalement sous l'angle juridique ; le pt. Laferrière expliquait déjà que, pour former valablement un recours pour excès de pouvoir, « il faut [être] réellement touché par une décision actuelle »⁴⁷. Ainsi le critère du caractère impératif n'était-il rien d'autre qu'une forme de raccourci, usant du postulant selon lequel tout ce qui n'était pas impératif ne produisait pas d'effets suffisants pour faire grief ; remettre en cause ce postulat conduit à revenir à la source même de l'appréciation du caractère d'acte faisant grief, c'est-à-dire aux effets que l'acte est susceptible de produire.

5.2.2. Plus largement, c'est en général en considération des effets des actes – suffisamment directs, suffisamment importants – que vous définissez les frontières de la recevabilité. Ainsi distinguez-vous, parmi les actes décisores, ceux qui font grief de ceux qui constituent de simples mesures d'ordre intérieur sur la base de leurs effets : vos décisions Hardouin et Marie

⁴⁶ Voire à celui des critères de la mesure d'ordre intérieur.

⁴⁷ *Ibid.*, t. 2nd, p. 397.

(Assemblée, 17 février 1995, n° 107766, Rec. p. 82 ; du même jour, n° 97754, Rec. p. 85 av. les concl. du pt. Frydman) se fondaient déjà, respectivement, sur les effets de la mesure à l'égard de la liberté du militaire et ses conséquences sur sa carrière, et sur la nature et la gravité de la mesure à l'égard du détenu. Vos décisions PL... et Y... (Assemblée, 14 décembre 2007, n° 290420, Rec. p. 474 av. les concl. du pt. Guyomar) se sont à nouveau fondées sur l'importance des effets des mesures sur la situation des détenus ; votre décision W... (27 mai 2009, n° 322148, Rec. p. 209) y a ajouté l'hypothèse dans laquelle la décision est susceptible de porter atteinte à un droit ou une liberté fondamentale du détenu⁴⁸. S'inspirant directement de ces décisions, votre décision U... (Section, 25 septembre 2015, n° 372624, Rec. p. 322) a redéfini les contours de la mesure d'ordre intérieur en matière de fonction publique en se fondant sur les effets des décisions sur la situation des agents publics ou sur leurs droits, statutaires ou fondamentaux.

En somme, et c'est assez intuitif, la frontière entre les actes contestables et ceux qui ne le sont pas n'est, de manière générale, rien d'autre qu'un seuil d'effets de l'acte sur la situation ou les droits des personnes intéressées.

5.2.3. Cette approche permet par ailleurs de faire le lien entre la condition de recevabilité objective liée à l'acte attaqué et la condition de recevabilité subjective liée à l'intérêt pour agir du requérant. L'acte contestable est, en quelque sorte, celui qui a pour effet de léser les intérêts d'une ou plusieurs personnes – qui, en retour, sont recevables à en demander l'annulation. Là encore, vous noterez que ce lien est à la racine de votre jurisprudence sur la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, dans la notion d'acte faisant grief : l'acte attaqué est celui qui fait grief ; a intérêt pour agir celui auquel il fait grief.

5.2.4. Le critère des effets est, en outre, celui sur lequel se fondent tant la Cour de justice de l'Union que certains de vos principaux homologues nationaux pour déterminer la justiciabilité d'actes de portée générale tels que les instructions et circulaires.

Conformément à l'article 263 du TFUE, la Cour de justice admet la recevabilité des recours en annulation contre les actes des organes de l'Union qui sont destinés à produire des effets juridiques propres à l'égard des tiers⁴⁹ (v. CJCE, 31 mars 1971, Commission c/ Conseil, dit « AETR », aff. C-22/70 ; CJUE, 25 octobre 2017, Roumanie c/ Commission, aff. C-599/15 P), ce qu'elle a pu appliquer à une instruction de la Commission (CJCE, 9 octobre 1990, France c/ Commission, aff. C-366/88), à un code de conduite (CJCE, 13 novembre 1991, France c/ Commission, aff. C-303/90) ou à des communications de la Commission (16 juin 1993, France c/ Commission, aff. C-325/91 ; 20 mars 1997, France c/ Commission, aff. C-57/95)⁵⁰.

⁴⁸ V., confirmant cette approche, 3 juin 2009, Y..., n°s 310100 323871, T. pp. 822-879-923 ; 13 novembre 2013, M. PP... et Garde des sceaux, ministre de la justice, n°s 355742 355817, T. pp. 682-749 ; 9 novembre 2015, M. Dos S... P..., n° 380982, T. pp. 742-788.

⁴⁹ Ce qui la conduit souvent à examiner la recevabilité en même temps ou après le fond, dans une approche telle que celle à laquelle vous avait conduits la jurisprudence Notre-Dame-du-Kreisker.

⁵⁰ En l'état de sa jurisprudence, elle s'en tient néanmoins à une approche centrée sur la normativité de l'acte, c'est-à-dire ses effets proprement juridiques. Au demeurant, l'article 263 du TFUE exclut expressément de son contrôle les recommandations et avis du Conseil, de la Commission et de la BCE (ce qu'elle applique

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.

Les juges américains adoptent une approche similaire pour déterminer si les actes contestés sont susceptibles d'être soumis au *judicial review* : le critère principal est celui des effets juridiques de l'acte (v. not. Cour d'appel du district de Columbia, 11 juillet 2014, *National Mining Association v. McCarthy*, 758 F.3d 243 ; Cour d'appel du cinquième circuit, 9 novembre 2015, *Texas v. U.S.*, 809 F.3d 134), qui peut être apprécié en tenant compte du fait que les parties concernées ont été raisonnablement amenées à penser que le non-respect de l'acte entraînerait des conséquences négatives (v. not. Cour d'appel du district de Columbia, 17 mai 2002, *General Electric Company v. Environmental Protection Agency*, 290 F.3d 377). Et la Cour suprême a posé, dans l'arrêt *Bennett* (19 mars 1997, *Bennett v. Spear*, 5200 U.S. 154), le critère de l'acte final pour apprécier la possibilité de le soumettre au *judicial review*, critère qui repose notamment sur la question de savoir si l'acte, soit a créé des droits et obligations, soit a entraîné des conséquences juridiques sur les personnes concernées.

Le juge constitutionnel espagnol a quant à lui admis la contestation d'actes internes à l'administration, tels que des instructions, circulaires ou notes de service, lorsque, alors même qu'ils ont pour destinataire un organe administratif, ils produisent des effets sur des tiers étrangers à la relation administrative (v. Tribunal constitutionnel, 20 mars 1990, n° 47/1990 ; Tribunal constitutionnel, 23 mai 1994, n° 150/1994).

Le Conseil d'État italien fait également exception à l'irrecevabilité de principe du recours direct contre les circulaires dans le cas où elles contiennent des dispositions directement et immédiatement préjudiciables aux tiers ; il admet, en outre, le recours conjoint contre une circulaire et une décision administrative en faisant application lorsque la circulaire a une portée externe à l'administration, c'est-à-dire une incidence sur les actes individuels (v. Conseil d'État, réunion plénière, 14 novembre 2011, n° 19 ; Conseil d'État, 1^{ère} section, avis, 7 mars 2017, n° 567 ; Conseil d'État, réunion plénière, 11 novembre 2017, n° 19).

De façon analogue, les juges suprêmes britanniques ont admis le recours, dans le cadre du *judicial review*, contre de simples orientations lorsqu'elles étaient de nature à entraîner des actes illégaux (Chambre des Lords, 17 octobre 1985, *Gillick v. West Norfolk and Wisbech AHA*, [1986] A.C. 112), ou lorsque, bien que non contraignantes, elles étaient centrales dans la mise en œuvre d'une politique publique (v. Haute Cour, 5 novembre 1991, *R. v. Secretary of State for the Home Department Ex p. Lancashire Police Authority*, [1994] 4 All E.R. 165 ; Chambre des Lords, 13 octobre 2005, *R. (on the application of Munjaz) v. Mersey Care NHS Trust*, [2006] 2 A.C. 148).

En somme, le principe selon lequel un acte doit pouvoir être contesté dès lors qu'il produit des effets suffisants est, même si le seuil d'intensité de ces effets varie, très généralement admis.

5.2.5. Enfin, et peut-être aurions-nous dû commencer par là, le critère des effets est – à côté du critère de l'objet dont nous vous avons dit qu'il était inopérant dans le champ qui vous

strictement, en recherchant si les documents labellisés « recommandations » relèvent bien de cette catégorie prévue par l'article 288 du TFUE : v. not. CJUE, Gde ch., 20 février 2018, *Belgique c/ Commission*, aff. C-16/16 P.

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.

occupe – celui qu’a retenu l’Assemblée du contentieux dans les décisions Fairvesta et Numéricable. C’est en raison de leurs effets notables, bien qu’extra-juridiques, que vous avez ouvert votre prétoire aux actes de droit souple. C’est pour la même raison que nous vous invitons à l’ouvrir aux documents de portée générale non impératifs – qui sont eux aussi des actes de droit souple.

Et, dans ce cadre, il nous paraît important que vous reteniez un critère, sinon absolument identique, du moins proche de celui de la jurisprudence Fairvesta-Numéricable et cohérent avec lui. Car nombre de documents de portée générale sont à la fois des documents de référence « internes » à l’administration – c’est-à-dire destinés au premier chef à son usage – et des documents adressés aux tiers, au « public » au sens large. Telle est bien, notamment, l’ambition de la circulaire du Premier ministre du 5 juin 2019, qui entend que les sites internet ministériels servent de référence commune à l’administration déconcentrée et aux administrés ; et certaines pages de questions-réponses de ces sites sont effectivement, en pratique, l’instrument auquel se réfère directement l’administration dans le traitement de demandes individuelles, par exemple en matière de droit des étrangers. De même, vous avez admis, par votre décision Société Bouygues Télécom et autres (préc.), que les lignes directrices d’une autorité de régulation étaient autant adoptées pour les besoins de cette autorité qu’adressées aux personnes régulées.

En résulte une porosité certaine de la frontière entre les actes relevant du champ de votre jurisprudence Fairvesta-Numéricable-LP..., qui affectent directement le comportement ou la situation des tiers, et les actes dont nous vous parlons, qui n’affectent directement que la pratique administrative et peuvent avoir, de façon indirecte, une incidence sur les droits ou la situation des tiers. Cette porosité, qui est due au caractère biface assumé de certains actes, ne nous paraît pas remettre en cause le principe d’un traitement particulier des actes de référence de l’administration, car il s’agit de n’embrasser que les actes de portée générale ; mais elle nous paraît commander une attention particulière à ce que le critère de recevabilité du recours dirigé contre ces actes et le critère de recevabilité de la jurisprudence Fairvesta-Numéricable-LP... – lequel n’est, au demeurant, pas parfaitement stabilisé – soient suffisamment cohérents pour que l’appréciation de la recevabilité d’un recours contre un acte biface (tel une page internet de questions-réponses servant d’information aux administrés et de référence à l’administration) ne diffère pas selon que l’on se place dans un cadre jurisprudentiel ou dans l’autre. Le critère des effets, qui permet d’embrasser à la fois les effets immédiats, de premier rang, et les effets médiatisés, de second rang, nous paraît à cet égard particulièrement opérant.

5.2.6. Pour l’ensemble de ces raisons, nous pensons que le recours pour excès de pouvoir dirigé contre un document de portée générale édicté par l’administration pour les besoins de son action doit être recevable lorsque ce document est susceptible de produire, sur d’autres personnes que ses destinataires premiers, des effets, juridiques ou non, tels qu’il leur fait grief – c’est-à-dire tels qu’il affecte leurs droits, leur situation ou leurs intérêts.

Ces personnes peuvent être des usagers, des tiers, ou, dans certaines circonstances, des agents – nous pensons par exemple aux lignes directrices de gestion instaurées par la récente loi de transformation de la fonction publique⁵¹.

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.

Quant aux effets, ils doivent assurément dépasser un certain degré d'intensité : tout effet externe indirect ne saurait suffire à rendre contestable un acte de référence interne. Vos décisions Fairvesta et Numéricable, tout en admettant que les effets soient potentiels – ce que nous paraît commander la brièveté du délai de recours – exigent qu'ils soient notables. Que vous repreniez cet adjectif ou que vous lui préféreriez celui de significatif, d'important ou de suffisant, vous soulignerez la nécessité de franchir un certain seuil, qu'il appartiendra ensuite à la jurisprudence d'éclairer, mais qui sera apprécié indépendamment du caractère impératif du document.

Soulignons en outre que les effets peuvent selon nous porter tant sur les droits des intéressés – de façon indirecte et potentielle, l'acte n'étant pas réglementaire – que, plus largement, sur leur situation. Vous retrouvez là le diptyque de votre jurisprudence sur les mesures d'ordre intérieur.

5.2.7. Si nous nous résumons, nous pensons que, dès lors qu'il produit des effets notables sur les droits ou la situation des tiers, un document de portée générale édicté par une autorité publique pour servir de référence à son action ou à celle d'une autre autorité, quelle qu'en soit la forme, quelle qu'en soit l'impérativité, doit pouvoir faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. C'est pourquoi nous vous invitons à achever aujourd'hui le mouvement que vous aviez engagé à partir de votre jurisprudence Notre-Dame-du-Kreisker pour tenir compte de la place des circulaires et autres documents de portée générale, non pas seulement dans la hiérarchie des normes, mais aussi dans la réalité de la vie administrative quotidienne, où leur impérativité ne dit rien de leur rôle effectif. Ce réalisme, cette proximité de la pratique administrative, c'est aussi ce qui vous définit comme juges administratifs.

En l'assumant complètement, vous pourrez dépasser – en l'absorbant⁵² – le critère de l'impérativité de la jurisprudence Duvignères, qui vous rattachait encore au critère de l'acte décisoire. Notez que vous pourriez simplement choisir d'ajouter le critère des effets notables comme hypothèse de recevabilité alternative à celle résultant du critère de l'impérativité ; il nous semble cependant préférable, par souci de simplicité et de mise en ordre de la jurisprudence, de substituer le nouveau critère à l'ancien pour unifier le traitement des documents de portée générale plutôt que d'ajouter à l'état actuel de votre jurisprudence un nouveau critère de recevabilité. Nous vous invitons donc à laisser derrière vous la jurisprudence Duvignères – non pas en revenant sur l'évolution qu'elle consacrait, mais au contraire en la dépassant.

6. Avant de vous proposer d'appliquer ce nouveau prisme à l'appréciation de la recevabilité de la requête du GISTI, nous voudrions faire une série de remarques quant à la portée précise de l'évolution que nous vous proposons et à certaines questions connexes qu'elle soulève.

⁵¹ Loi n° 2019-828 du 6 août 2019 ; voir art. 18 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, article 33-5 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et art. 26 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

⁵² De même que les deux critères nouveaux issus des décisions Fairvesta et Numéricable, relatifs à l'objet de la mesure et à ses effets, absorbaient les critères antérieurs synthétisés par la décision Casino-Guichard-Perrachon (11 octobre 2012, préc.).

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.

6.1.1. Concrètement, tout d’abord, elle ne nous paraît pas conduire à rendre massivement contestables des documents qui ne l’étaient pas – notamment parce que, nous vous l’avons dit, vous n’étiez guère regardants sur le critère d’impérativité.

6.1.1.1. Elle affectera principalement les lignes directrices au sens de votre jurisprudence Crédit Foncier de France : de par leur définition même, celles-ci seront, si vous nous suivez, toujours contestables directement par la voie du recours pour excès de pouvoir – là où elles ne l’étaient, aujourd’hui, jamais. En effet, lorsque vous qualifiez un document de lignes directrices, vous reconnaissez qu’il a précisément pour objet d’orienter l’administration dans l’adoption d’actes affectant les tiers. Par construction, les lignes directrices sont donc susceptibles d’avoir des effets notables sur les droits ou la situation des tiers – c’est pour cela qu’elles s’ont adoptées. Dans un souci de pédagogie, vous pourriez d’ailleurs préciser expressément que la condition tenant aux effets notables est nécessairement remplie pour les documents qui présentent le caractère de lignes directrices. Sera ainsi radicalement remise en cause votre jurisprudence Comité anti-amiante Jussieu. De même, les orientations générales, que vous avez distinguées des lignes directrices par votre décision précitée Ministre de l’intérieur c/ C... O..., seront certainement au nombre des actes susceptibles de recours.

6.1.1.2. Les documents interprétatifs demeureront, quant à eux, presque toujours contestables : lorsque l’administration formalise dans un document une interprétation de la loi, c’est généralement en vue de la mise en œuvre de cette loi et de son application à l’égard des personnes qu’elle concerne. De sorte que l’interprétation ainsi formalisée, par sa vocation à servir de référence pour l’action administrative future, sera susceptible de produire des effets notables.

Il nous paraît important de souligner, à cet égard, que les effets notables, s’agissant de documents interprétatifs, ne dépendent selon nous ni de la fidélité de l’interprétation au texte ni de sa part d’innovation par rapport au texte. Un des apports majeurs de la jurisprudence Duvignères a été de permettre d’apprécier la recevabilité du recours contre une circulaire interprétative sur la base de l’examen de cette seule circulaire, plutôt que sur la base d’une comparaison entre son contenu et les normes qu’elle commentait. Il nous paraît fondamental de conserver cet acquis et de ne pas réintroduire, dans un critère qui se veut plus simple et plus ouvert, un lien entre la recevabilité et le fond. L’effet notable, s’agissant d’un document qui interprète, commente, présente ou même réitère le droit positif, résulte seulement, à nos yeux, de sa vocation à servir d’outil de référence dans l’application de la loi.

Le changement de critère n’affectera donc pas substantiellement le champ des actes interprétatifs susceptibles de recours ; néanmoins, en ouvrant le recours indépendamment de l’impérativité de l’interprétation, il permettra plus facilement de contester les pages internet d’explications ou de questions-réponses qui, en remplaçant les circulaires, servent de référence à l’administration pour l’application de la loi (v., réservant la question de la recevabilité dans un tel cas sous l’empire de la jurisprudence Duvignères, 28 mars 2018, T... , n° 408729, inédite).

Quant à la circonstance qu’un document comportant une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives soit en outre invocable sur le fondement de

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.

l'article L. 312-3 du CRPA, elle jouera comme un *a fortiori* sur l'appréciation de la production, par ce document, d'effets notables sur les droits ou la situation des intéressés.

6.1.1.3. S'agissant enfin des autres documents de portée générale, notamment de présentation des politiques du Gouvernement, d'information des services ou de recommandations, il vous reviendra d'examiner au cas par cas, de façon analogue à ce que vous faites dans le cadre de la jurisprudence Fairvesta-Numéricable-LP..., s'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les tiers, en servant de référence à l'administration dans son action à l'égard des administrés.

6.1.2. Pour aucun de ces documents, nous ne vous proposons par ailleurs de soumettre la recevabilité du recours tendant à leur annulation à la circonstance qu'ils aient été publiés. La publication des circulaires n'est déjà pas une condition de leur justiciabilité dans l'état actuel de votre jurisprudence (v., pour un exemple récent, 24 juillet 2019, Ligue des droits de l'homme et CGT et autres, n°s 427638 e. a., à mentionner aux Tables). Et, dès lors que la publication ou l'absence de publication d'un document de portée générale ne dit rien des effets qu'il est susceptible de produire sur les droits ou la situation des administrés – et donc de sa capacité à leur faire grief –, il nous semble qu'il irait directement à l'encontre de la démarche que nous vous proposons d'introduire aujourd'hui une telle condition – qui demeure en revanche pertinente pour apprécier l'opposabilité et l'invocabilité des circulaires et lignes directrices.

6.1.3. La solution que nous vous proposons est en outre sans incidence aucune, vous l'aurez compris, sur les actes qui présentent un caractère réglementaire au sens strict, soit parce qu'ils édictent des normes fixant des droits ou des obligations, soit parce qu'ils organisent le service. Ces actes décisifs demeurent évidemment contestables en raison de cette seule qualité, selon le critère classique de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les décisions administratives.

Là encore, nous voudrions cependant faire une précision : pour les raisons que nous vous disions il y a quelques instants, nous ne vous proposons aucunement de revenir à l'état antérieur à la jurisprudence Duvignères, où vous appréciez le caractère réglementaire d'un acte interprétatif en fonction de la légalité de l'interprétation qu'il donnait. Le critère du caractère réglementaire du document s'appliquera ainsi, pour l'essentiel, aux circulaires dites « Jamart » et à celles qui interviennent en lieu et place d'arrêtés. Les unes et les autres seront cependant, en pratique, le plus souvent susceptibles de produire des effets notables sur les droits ou la situation des tiers.

6.1.4. Qu'en sera-t-il des réponses ministérielles ? Nous ne vous proposons pas, aujourd'hui, de revenir sur votre jurisprudence particulière relative à ces actes. Nous ne mésestimons pas les effets qu'ils sont susceptibles de produire sur les droits ou la situation des tiers, ni n'ignorons que certains d'entre eux servent effectivement de références à l'administration pour l'application de la loi, en se substituant ainsi, en quelque sorte, aux circulaires.

L'évolution que nous vous proposons ne nous paraît cependant pas, par elle-même, transformer les termes du débat que vous avez tranché par votre décision Société Friadent

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.

France (Section, 16 décembre 2005, préc.), qui se fondait essentiellement sur la place de ces documents dans la relation entre l'exécutif et le Parlement. Si vous deviez rouvrir ce débat, il nous semble qu'il vous faudrait le faire indépendamment de la question de la recevabilité des recours contre les documents de portée générale adoptés par l'administration pour son usage⁵³.

6.1.5. Nous ne vous proposons pas davantage de réserver, aujourd'hui, un sort particulier aux circulaires que le Garde des Sceaux adresse au Parquet ou aux présidents de juridictions. Vous le savez, dans le cadre de votre jurisprudence Duvignères, vous regardez comme non impératives des circulaires adressées aux magistrats du siège, au motif que le Garde des sceaux ne dispose d'aucun pouvoir d'instruction à leur égard et traitez de la même façon les circulaires adressées aux magistrats du Parquet, lorsqu'elles sont relatives à l'exercice de pouvoirs qui appartiennent, *in fine*, aux juges du siège (v., respectivement, 30 janvier 2015, Département des Hauts-de-Seine et autres, préc. ; 27 novembre 2000, Mme O..., n° 208555, Rec. p. 558). L'application du critère des effets notables serait susceptible, au contraire, de vous conduire à admettre la contestation de tels actes dans votre prétoire. La solution n'est cependant pas certaine : vous pourriez notamment estimer, soit que ces documents se rattachent à la fonction juridictionnelle au sens de la jurisprudence Préfet de la Guyane⁵⁴, soit que l'intervention d'un magistrat du siège, en raison de son indépendance et à la différence de celle de l'administration, fait écran entre le justiciable et la circulaire, qui ne pourrait donc être regardée comme produisant par elle-même des effets sur les tiers. Cette question ne se pose cependant pas aujourd'hui, et n'est pas de nature, à nos yeux, à remettre en cause l'évolution que nous vous proposons. Vous pourrez donc la réserver.

6.1.6. Enfin, comme dans l'état actuel de votre jurisprudence, il nous semble que la condition de justiciabilité des documents de portée générale de l'administration a vocation à s'appliquer identiquement au recours direct contre ces documents et au recours contre le refus de les abroger. Dès lors que vous avez admis la possibilité de contester le refus d'abroger les circulaires, par transposition quasi-complète du régime des actes réglementaires, il nous semble que l'extension du périmètre des documents directement contestables doit emporter celle du périmètre des documents dont l'abrogation peut être recherchée.

6.1.7. En définitive, dans le cadre que nous vous proposons, où seraient justiciables, outre les circulaires réglementaires, tous les documents de référence de l'administration ayant une portée générale, sans considération de forme ni de tonalité, dès lors qu'ils sont susceptibles de produire des effets notables sur les droits ou la situation des tiers, ainsi que le refus de les abroger, nous ne pensons pas que vous ayez à craindre un afflux massif de recours, que ni la jurisprudence Duvignères ni la jurisprudence Fairvesta-Numéricable-LP... n'ont provoqué, et

⁵³ Il nous paraît en aller différemment, en revanche, pour les réponses ministérielles dont toute personne pourrait se prévaloir sur le fondement de l'article L. 312-3 du CRPA. En prévoyant cette invocabilité, le législateur nous paraît avoir clairement entendu faire primer, dans la conception du document, la relation entre l'administration et le citoyen sur la relation entre l'exécutif et le Parlement. De sorte que de telles réponses ministérielles doivent alors, selon nous, être traitées comme les autres documents de portée générale. Ceci étant dit, cette exception est aujourd'hui assez largement virtuelle, car nous n'avons pas trouvé de réponse ministérielle parmi les documents publiés sur les sites internet mentionnés à l'article L. 312-3.

⁵⁴ TC, 27 novembre 1952, Préfet de la Guyane, Rec. p. 642 ; v. aussi, pour la reformulation récente des critères, TC, 12 octobre 2015, M. Hoareau, n° 4019, Rec. p. 510.

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 nous n’imaginons guère pouvoir résulter d’une ouverture un peu plus large des portes déjà largement ouvertes de votre prétoire.

6.2. Ces précisions quant à la portée concrète de l’*aggiornamento* que nous vous proposons étant faites, il nous faut encore traiter quelques questions connexes.

6.2.1. La première est celle des moyens opérants dans le cadre d’un recours ainsi plus largement ouvert – c’est-à-dire ouvert à des actes non décisifs.

Disons-le d’emblée, nous ne vous proposerons pas de rouvrir le débat tranché par la jurisprudence IFOP-Villemain-Duvignères, sur les conditions dans lesquelles l’illégalité d’un acte interprété, commenté, présenté ou simplement répété par une circulaire affecte la légalité de cette circulaire. Ce débat est désormais derrière vous – et, nous vous l’avons dit, dix-huit ans d’application de la jurisprudence Duvignères ont montré à la fois l’utilité, pour la sécurité juridique, de la solution que vous avez retenue et l’absence d’inconvénients majeurs de cette solution pour la pratique juridictionnelle.

En vérité, alors que la décision IFOP a désormais plus d’un quart de siècle, nous pensons même que vous pourriez admettre plus facilement et plus directement qu’un document de portée générale qui interprète, commente, présente ou répète un texte est pris pour l’application de ce texte au sens de la jurisprudence Sodemel-O... (Section, 11 juillet 2011, Société d’équipement du département de Maine-et-Loire Sodemel et ministre de l’intérieur, de l’outre-mer, des collectivités territoriales et de l’immigration, n°s 320735, 320854, Rec. p. 346 ; Section, 30 décembre 2013, Mme O... , n° 367615, Rec. p. 342 av. les concl. de X. Domino), ce qui, d’une part, serait tout sauf contre-intuitif – le document d’interprétation, de commentaire, de présentation ou de répétition du texte est bien pris en vue de l’application du texte, pour que celle-ci soit effective –, d’autre part, permettrait de ramener dans le chemin balisé de l’exception d’illégalité les moyens tirés de l’illégalité du texte interprété, commenté ou répété. Soulignons, à cet égard, que l’inopérance des moyens de légalité externe (hors incompétence) visant le texte « réitéré », que vous aviez consacrée spécifiquement à propos des circulaires (2 décembre 2011, CFTC, n° 333472, Rec. p. 602), a désormais intégré le régime général de l’exception d’illégalité en vertu de votre décision d’Assemblée CFDT Finances (Assemblée, 18 mai 2018, Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT, n° 414583, Rec. p. 187 av. les concl. d’A. Bretonneau).

Plus délicate est la question de savoir dans quelle mesure des moyens relevant de l’ensemble des cas d’ouverture traditionnels du recours pour excès de pouvoir peuvent utilement être invoqués à l’encontre d’actes potentiellement non décisifs, tels que des pages de sites internet ou intranet présentant l’état du droit et formulant des recommandations. Il vous sera bien difficile, cependant, d’y apporter des réponses fermes, définitives et générales.

Vous pourrez vous inspirer de vos décisions Fairvesta et Numéricable. De façon quelque peu allusive, mais éclairée par les conclusions de V. Daumas et relevée par vos commentateurs autorisés⁵⁵, vous aviez pris le soin d’y indiquer expressément « qu’il appartient au juge, saisi

⁵⁵ L. Dutheillet de Lamothe, G. Odinet, *Un recours souple pour le droit souple*, AJDA 2016.717.

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 moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité [des] actes [de droit souple susceptibles de recours] en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques ». Par cette formule, vous aviez entendu souligner que tous les moyens « traditionnels » ne seraient pas opérants contre tous les actes de droit souple – ainsi par exemple des questions de compétence à l'intérieur d'une autorité de régulation. Vous aviez aussi reconnu que la question de l'opérance devrait se trancher au cas par cas, en fonction de la nature et des caractéristiques de l'acte attaqué.

Vous pourrez assurément reprendre, à propos des documents de portée générale dont nous vous proposons d'admettre la contestabilité, la même affirmation de principe. Et nous croyons qu'il faudra vous y tenir, sans pouvoir vous avancer bien davantage dans l'énoncé de règles d'opérance. Il est bien délicat, en effet, de définir des règles générales sur ce point : l'opérance d'un moyen à l'encontre d'un acte n'étant jamais que le reflet d'une obligation pesant sur cet acte, et les documents de portée générale qui vous occupent aujourd'hui étant d'une grande diversité – donc soumis à des obligations très diverses – les moyens susceptibles de conduire à leur annulation pour excès de pouvoir varieront aussi sensiblement. A titre d'exemple, si l'on peut penser que les vices de procédure ne sont guère opérants à l'encontre de lignes directrices, il en ira différemment si un texte a prévu l'édiction de tels documents selon une procédure définie (ainsi par ex. des lignes directrices de gestion créées par la loi du 6 août 2019⁵⁶ – v. les art. 18 de la loi du 11 janvier 1984⁵⁷, 33-5 de la loi du 26 janvier 1984⁵⁸ et 26 de la loi du 9 janvier 1986⁵⁹). De même, si l'on peut penser que les questions de compétence de l'auteur du document ne seront guère opérantes à l'égard de pages internet ou intranet n'ayant pas d'auteur défini, il en ira différemment si le contenu de cette page doit être regardé comme véritablement réglementaire.

En somme, l'opérance des moyens dépendra, au cas par cas, des caractéristiques du document contesté – et de l'existence ou non de règles ou principes opposables à ce document. La présente affaire, vous le verrez, vous donnera l'occasion d'en donner une illustration notable.

6.2.2. De façon analogue, le niveau de contrôle que vous exercerez dépendra de la marge d'appréciation dont dispose l'administration et variera donc selon les documents contestés, comme c'est le cas aujourd'hui pour les documents contestables et comme vous l'avez souligné dans vos décisions Fairvesta et Numéricable.

6.2.3. La question de l'exécution de vos décisions se pose, elle aussi, en des termes similaires à ceux que vous avez examinés dans les affaires Fairvesta et Numéricable. Vos décisions avaient alors déjà souligné que l'effet utile de l'annulation pour excès de pouvoir d'actes de droit souple pourrait résider essentiellement dans l'injonction que vous pourriez prononcer – c'est en ce sens que doit être compris le rappel exprès, dans le corps des décisions, de la possibilité de prononcer des injonctions sur le fondement du livre IX du code de justice administrative⁶⁰.

⁵⁶ Loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique.

⁵⁷ N° 84-16

⁵⁸ N° 84-53

⁵⁹ N° 86-33

⁶⁰ Là encore, l'éclairage des conclusions et de la chronique n'est pas inutile.

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 la même manière, votre pouvoir d'injonction sera davantage susceptible d'être la clé de l'effectivité de vos décisions si vous admettez d'être saisis de tout document de portée générale susceptible d'avoir un effet notable sur les droits ou la situation des tiers : l'annulation d'une page internet ou intranet ne trouve de portée véritable – au-delà de l'énoncé de la juste interprétation du droit – que dans l'obligation d'effacer ou de modifier le contenu de cette page. La faculté qui vous est désormais ouverte de prononcer d'office une injonction vous permettra d'ajuster, là encore en fonction des caractéristiques du document contesté, le dispositif de vos décisions de censure.

6.2.4. Par ailleurs, l'évolution que nous vous proposons est, par elle-même, sans incidence sur les autres règles qui constituent le régime des circulaires et autres documents de portée générale. Cette nouvelle règle de recevabilité s'appliquerait, comme aujourd'hui, tant à la contestation du document lui-même qu'à celle du refus de l'abroger. Elle n'affecterait ni les conditions d'invocabilité ou d'opposabilité des documents concernés, ni les conséquences éventuelles de leur absence de publication, ni les conditions de leur caducité et pas davantage votre jurisprudence sur les cas de non-lieu à statuer sur le recours pour excès de pouvoir qui tend à leur annulation ou à celle du refus de les abroger. De même, les règles relatives au délai de recours, que vous avez récemment réexaminées (v. Section, 13 mars 2020, Société Hasbro European Trading BV, n° 435634, à publier au Recueil), ne sont pas affectées par l'évolution que nous vous proposons ; certes, le délai de recours sera peut-être moins susceptible d'être opposé s'agissant de documents publiés sur internet, ou *a fortiori* de documents publiés sur certains intranets, mais eu égard à la possibilité perpétuellement ouverte de contester le refus d'abroger de tels documents, cette circonstance ne nous paraît pas de nature à faire bouger les lignes du contentieux actuel des circulaires.

En un mot, nous ne vous proposons de faire évoluer que le critère de justiciabilité des documents de portée générale, pour abaisser le seuil d'accès à votre prétoire, sans infléchir pour le reste les éléments du régime jurisprudentiel de contestation des circulaires et autres documents de portée générale que vous avez construit.

6.2.5. Cet abaissement du seuil d'accès au prétoire ne conduira pas pour autant à rendre recevables tous les recours dirigés contre tous les documents de portée générale. Car l'assouplissement du critère objectif de recevabilité, lié à l'acte, laisse inchangé le critère subjectif de recevabilité qu'est l'intérêt pour agir. Il a en revanche pour effet de renforcer le poids relatif de ce second critère dans le filtre que constituent les conditions de recevabilité ; il s'en trouvera donc plus déterminant. Vous retrouvez là encore un élément du cadre de vos décisions Fairvesta et Numéricable, qui avaient pris le soin de souligner que l'intérêt donnant qualité pour agir doit être direct et certain, par crainte d'une vague de recours qui n'est finalement pas venue.

6.2.6. Relevons enfin que l'évolution que nous vous proposons est sans incidence sur la répartition des compétences au sein de la juridiction administrative, l'article R. 311-1 du code de justice administrative, qui vise les « circulaires et instructions de portée générale » des ministres et autres autorités à compétence nationale devant certainement être lu comme

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.

embrassant tous les documents de portée générale destinés à l'administration qui émanent de ces autorités et sont susceptibles de recours.

Voilà, Monsieur le président, Mesdames, Messieurs, les contours, à grands traits, de la remise en ordre jurisprudentielle que nous vous proposons, et qui vous conduirait, d'une part, à distinguer, à côté de la ligne jurisprudentielle Fairvesta-Numéricable-LP..., propre aux documents adressés ou destinés aux tiers, une ligne jurisprudentielle propre aux documents de portée générale que les autorités publiques adoptent pour leur usage et, d'autre part, à assurer la cohérence de ces deux lignes jurisprudentielles en usant du critère des effets de l'acte comme seuil de recevabilité – ce qui vous permettrait, finalement, de lever le paradoxe du traitement contentieux des lignes directrices.

7.1. Si vous nous avez suivi, vous constaterez que l'appréciation de la recevabilité de la requête du GISTI s'en trouve transformée. Assurément, en effet, la note publiée sur l'intranet de la DEFDI est susceptible d'avoir des effets significatifs sur les droits et la situation de tiers à ses destinataires, puisqu'elle entend influencer sur l'appréciation des documents d'état civil guinéens qui sont produits, notamment, à l'appui de demandes de visas ou de titres de séjour. Que vous qualifiez ou non son contenu de lignes directrices, il nous semble que vous ne pourrez qu'admettre, dans le cadre renouvelé d'appréciation de la recevabilité des recours dirigés contre les documents de portée générale internes à l'administration, qu'elle peut être contestée par la voie du recours pour excès de pouvoir.

7.2.1. Sur le fond, vous écarterez d'abord le moyen tiré, sur le fondement de l'article L. 212-1 du code des relations entre le public et l'administration, de l'absence de mention du nom et de signature des auteurs de la note. Celle-ci, en effet, n'a pas le caractère d'une décision, de sorte qu'elle n'est pas soumise aux exigences de cet article ; elle y est d'autant moins soumise qu'il s'agit, nous vous l'avons dit, d'un document purement interne à l'administration et non destiné au public (v., sur ce point, 25 mai 2012, S... , n° 332045, T. p. 608).

7.2.2. Le moyen d'incompétence qui est soulevé par ailleurs vous permettra d'illustrer ensuite le caractère variable des conditions d'appréciation de l'opérance des moyens de légalité dirigés contre des documents de portée générale non décisifs.

S'agissant en effet d'une note comportant une information sur les conditions de tenue de l'état civil guinéen et des recommandations sur l'appréciation de l'authenticité des actes relevant de cet état civil, nous pensons que le seul constat de ce que le contenu de cette note relève bien des compétences de la DEFDI, dont elle émane – elle porte son timbre – suffit à épuiser le débat de compétence. En d'autres termes, le moyen d'incompétence de l'auteur d'une telle page d'information et de recommandations n'est opérant, à nos yeux, que dans la mesure – très limitée – où il conteste, radicalement, la compétence du service ou de l'institution dont elle émane pour la produire.

En l'espèce, il n'existe nul doute à cet égard.

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.

7.2.3. S'agissant de la légalité interne, la validité factuelle des informations sur l'état civil guinéen n'étant pas contestée, vous devrez uniquement examiner le moyen tiré, par le GISTI, de ce que la note méconnaît l'article 47 du code civil. Cet article prévoit, vous le savez, que les actes d'état civil faits en pays étranger font foi sauf s'il est établi, par tout moyen, qu'ils sont irréguliers, falsifiés ou inexacts (v. not. avis, 26 avril 2018, M. CC... , n° 416550, inédit).

Le GISTI reproche à la note qu'il conteste de créer, en violation de ces dispositions, une forme de présomption irréfragable de caractère frauduleux des documents guinéens.

Le moyen n'est pas sans portée, car la note, lue rapidement, pourrait laisser à penser qu'il convient d'écarter comme dépourvu de valeur probante tout document d'état civil guinéen et de rejeter par suite toute demande s'appuyant sur la production d'un tel document.

Or telle n'est pas – et telle ne saurait être légalement – sa portée réelle, ce que vous pourrez utilement souligner.

La note, en effet, est destinée aux experts chargés de formuler, à la demande de toute administration, un avis sur le caractère authentique ou frauduleux de documents d'identité ou de voyage – ce qui suppose d'apprécier le caractère probant d'actes d'état civil. Elle invite à formuler systématiquement un avis dit « défavorable » sur les demandes d'examen de documents guinéens, motivé par la fraude massive à l'état civil en Guinée et l'absence complète de fiabilité de tout document d'état civil qui en résulte.

Or, d'une part, cet avis dit « défavorable » des analystes ne s'assimile pas à une affirmation, de leur part, du caractère falsifié ou frauduleux des documents qui leur sont soumis. Il n'est rien d'autre que la traduction de l'impossibilité de garantir l'authenticité d'un acte, eu égard aux conditions générales de tenue de l'état civil.

D'autre part, et surtout, les avis émis, qui portent sur les seuls documents, n'ont ni pour objet ni pour effet de se prononcer sur le sens de la décision que les autorités compétentes, qui sollicitent ces avis, doivent adopter sur les dossiers qui leur sont soumis – ni, *a fortiori*, de lier leur appréciation d'une quelconque manière. Ces autorités devront donc bien déterminer, au cas par cas, si les documents qui leur sont soumis peuvent être regardés comme faisant foi, en se fondant sur l'ensemble des éléments dont elles disposent, notamment la consultation éventuelle de fichiers, les autres pièces produites ou l'identité, le parcours voire le discours des personnes concernées.

En somme, la note n'oblige ni n'invite à refuser de tirer toute conséquence légale, en France, de documents d'état civil guinéens. Elle se borne, eu égard aux conditions de tenue de l'état civil en Guinée, à inviter les experts en fraude documentaire à indiquer aux autorités qui les consulteraient sur des documents guinéens que ces documents, même non falsifiés, ne peuvent être tenus pour vrais sur la base d'une analyse purement documentaire. Mais elle ne décharge nullement ces autorités de l'obligation de rechercher, ensuite, des éléments de nature à confirmer ou infirmer le contenu des documents qui leur sont produits et, *in fine*, de porter, sous le contrôle du juge, les appréciations qui relèvent de leurs prérogatives.

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.

Ainsi comprise, la note ne nous paraît pas s'écarter du régime de l'article 47 du code civil.

Par ces motifs nous concluons au rejet de la requête.

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.