

N°s 462784 462786

M. et Mme S...

2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 21 septembre 2022

Lecture du 14 octobre 2022

## CONCLUSIONS

### M. Clément MALVERTI, Rapporteur public

Le régime d’invocabilité des instructions et circulaires consacré par l’article 20 de la loi pour un Etat au service d’une société de confiance (dite « loi ESSOC ») du 10 août 2018 doit-il vous conduire à revenir sur votre jurisprudence *C O...*<sup>1</sup> pour juger que les étrangers en situation irrégulière peuvent désormais, à l’appui de leur demande d’admission au séjour, se prévaloir des énonciations de la circulaire de régularisation du 28 novembre 2012 (dite « circulaire Valls ») ?

Cette question, qui divise depuis plusieurs mois les TA et CAA, est au cœur de la demande d’avis qui vient d’être appelée, dont vous admettrez sans peine la recevabilité.

1. Rappelons que par votre décision de Section *C O...* du 4 février 2015, vous avez distingué, quant à leur régime d’invocabilité, les lignes directrices des orientations générales.

1.1. Les premières, dénommées directives sous l’empire de votre jurisprudence *Crédit Foncier des France*<sup>2</sup>, consistent, pour l’autorité administrative, à mettre par écrit la doctrine qu’elle se fixe à elle-même ou qu’elle prescrit à ses subordonnés pour traiter de situations individuelles. Ces documents permettent ainsi d’harmoniser les décisions individuelles sur lesquelles ils portent, constituant en quelque sorte une codification de leurs motifs de nature à garantir une égalité de traitement entre les administrés. Bien que dépourvues de caractère réglementaire, vous avez admis d’emblée que les lignes directrices, à condition d’être publiées, sont invocables à l’occasion du recours contre les décisions individuelles qu’elles orientent. Le requérant peut alors utilement soutenir que la décision n’est pas conforme aux lignes directrices<sup>3</sup> ou, au contraire, que celles-ci n’auraient pas dû lui être appliquées, soit parce que la particularité de sa situation ou un motif d’intérêt général justifiaient de s’en écarter<sup>4</sup>, soit en

<sup>1</sup> CE, Section, 4 février 2015, *Ministre de l’intérieur c/ M. C O...*, n°s 383267 383268, A

<sup>2</sup> CE, Section, 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*, n° 78880, A ; et pour la nouvelle terminologie, CE, 19 septembre 2014, *M. J...*, n° 364385, A

<sup>3</sup> v. CE, sect., 18 nov. 1977, *Société anonyme Entreprise J. Marchand*, Lebon, n° 00619, A

<sup>4</sup> Le juge exerçant un contrôle de l’erreur manifeste sur ce point, v. CE 23 mai 1980, *Agence nationale pour*

invoquant, par voie d'exception, leur illégalité au regard des textes pour la mise en œuvre desquels elles ont été édictées<sup>5</sup>.

Les orientations générales, quant à elles, sont celles que l'administration définit pour l'octroi non pas d'un avantage auquel les intéressés ont vocation à prétendre, mais de mesures de faveur au bénéfice desquelles ils ne peuvent faire valoir aucun droit, telles que les mesures de régularisation des étrangers. Vous en avez déduit que, à la différence des lignes directrices, les orientations générales n'étaient pas invocables par les justiciables, car si « *tel était le cas, cela signifierait que celles-ci, par elles-mêmes, leur ouvrent le droit de prétendre à l'attribution de l'avantage en cause, ce qui est par définition exclu s'agissant d'une mesure gracieuse* »<sup>6</sup>. Puis, vous avez jugé que les énonciations de la circulaire du ministre de l'intérieur du 28 novembre 2012 constituent non pas des lignes directrices mais des orientations générales dont les intéressés, par suite, ne peuvent utilement se prévaloir devant le juge<sup>7</sup>.

**1.2.** Il nous faut à ce stade indiquer que nous peinons à être pleinement convaincus par une telle solution.

Tout d'abord, la catégorie des mesures de faveur, ou gracieuses, laquelle fonde la règle d'ininvocabilité des orientations générales, s'avère en partie insaisissable. Initialement, les mesures gracieuses, décisions discrétionnaires accordant une faveur qu'aucun texte ne prévoit ni n'organise, n'étaient « *pas au nombre de celles dont le bien-fondé peut être discuté devant le juge administratif* »<sup>8</sup>. L'unité de la catégorie des mesures de faveur tenait ainsi pour l'essentiel à leur immunité juridictionnelle<sup>9</sup>. Pourtant, par souci de réalisme, vous avez peu à peu accepté d'ouvrir le prétoire du juge de l'excès de pouvoir aux recours dirigés contre certaines de ces mesures, notamment les refus de régularisation de séjour, sur lesquels le juge exerce désormais un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation<sup>10</sup>. Dans ces conditions, l'idée, qui fonde la solution *C O...*, selon laquelle l'étranger serait dépourvu de toute vocation à prétendre à une mesure de régularisation, perd de sa force, dès lors que l'administration est dans certains cas tenue d'y procéder sous peine de voir son refus annulé par le juge.

Cette difficulté est en outre aggravée par la circonstance que la circulaire Valls, que vous avez d'un bloc qualifiée d'orientations générales, ne porte pas uniquement sur les titres de séjour octroyés par les préfets dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire de régularisation, aujourd'hui codifiée à l'article L. 435-1 du CESEDA, mais définit également

---

*l'amélioration de l'habitat*, n° 13433, A

<sup>5</sup> v. CE 29 juill. 1994, n° 147978, *Ministre de l'éducation nationale c/ Epoux G...*, n° 147978, A

<sup>6</sup> Concl. B. Bourgeois-Machureau sur CE, Section, 4 février 2015, *Ministre de l'intérieur c/ M. C O...*, préc.

<sup>7</sup> Précisons qu'à ce jour, la catégorie d'orientations générales n'a été mobilisée qu'en droit des étrangers, afin de qualifier, outre la circulaire dite Valls, les orientations générales arrêtées par les autorités françaises en vue de l'accueil en France de certains personnels civils recrutés localement pour servir auprès des forces françaises en Afghanistan (CE, 16 octobre 2017, *M. Khodadad et Mme Azizi*, n° 408374, A).

<sup>8</sup> R. Odent, *Contentieux administratif*, Dalloz, 2007, vol. I, p. 777

<sup>9</sup> P. Gonod, Les mesures gracieuses dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, RD publ. 1993. 1351

<sup>10</sup> v., not., CE 16 oct. 1998, *Mlle X...*, n° 147141, A

des critères pour l'obtention des titres de séjour délivrés, sur le fondement de l'article L. 423-23, à l'étranger disposant de liens personnels et familiaux en France tels que le refus d'autoriser son séjour porterait à son droit au respect de sa vie privée et familiale une atteinte disproportionnée. Or, ces derniers titres, dont le refus de délivrance est soumis au contrôle normal du juge de l'excès de pouvoir<sup>11</sup>, ne constituent pas des mesures de faveur, de sorte que qualifier d'orientations générales les critères de la circulaire Valls qui encadrent leur attribution peine encore davantage à nous convaincre.

Ensuite, la régularisation n'a en pratique plus grand-chose d'exceptionnelle, mais tend à devenir une modalité de régulation des flux migratoires à part entière, c'est-à-dire un pouvoir discrétionnaire que l'administration aurait en quelque sorte toujours vocation à exercer. Ainsi, en 2019, selon les chiffres du ministère de l'intérieur, plus de 31 000 personnes ont obtenu un premier titre de séjour « en application » de la circulaire Valls. Or, comme le soulignaient déjà vos chroniqueurs de l'époque, « *il est un peu paradoxal que l'exercice d'une grâce devienne un mode de régulation normal d'une politique publique* »<sup>12</sup> et la disparition du caractère exceptionnel de la régularisation nous semble difficile à concilier avec son caractère prétendument gracieux.

Enfin, en ayant pour effet – si ce n'est pour objet – de rendre inapplicable le principe d'égalité, l'ininvocabilité des orientations générales fixant les conditions d'octroi de mesures de faveur ne permet pas de garantir un traitement homogène des demandes correspondantes<sup>13</sup>. Il en résulte que le choix de régulariser une personne plutôt qu'une autre, même lorsqu'aucune différence de situation ne justifie une telle différence de traitement, ne peut être contrôlé par le juge administratif, ce qui, s'agissant d'un pan majeur d'une politique publique, est toujours discutable. En outre, en accentuant le flou des conditions à satisfaire pour voir leur situation régularisée, elle place les étrangers dans un régime « d'infra-droit »<sup>14</sup> où la norme perd sa prétention à protéger les individus et à stabiliser le réel pour se muer aux yeux des intéressés en un instrument de contrôle arbitraire aux mains d'un Etat insondable donc redouté<sup>15</sup>.

2. Vous l'aurez compris, nous ne sommes pas un fervent partisan de la jurisprudence *C O...*, et nous serions tout à fait disposés à vous entretenir de son abandon le jour venu, dans la formation de jugement appropriée.

Mais force est d'admettre que telle n'est pas la question qui vous est posée aujourd'hui.

---

<sup>11</sup> v. en ce sens, CE, Section, 11 juin 1999, *Ministre de l'intérieur c/ M...*, n° 185545, A

<sup>12</sup> J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe, « L'obligation, le choix, la grâce », *AJDA* 2015. 443

<sup>13</sup> Rappelons que vous refusez en principe de contrôler le respect par l'administration du principe d'égalité lorsqu'elle choisit ou non d'accorder une mesure de faveur (CE 24 juill. 1981, *L...*, n° 23110, A ; v. néanmoins, CE 18 nov. 2011, *Garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés c/ Rousseaux*, n° 344563, A, qui s'assure que le maintien à titre gracieux d'une indemnité pendant un congé de maladie respecte le principe d'égalité en bénéficiant à tous les fonctionnaires placés dans une situation analogue).

<sup>14</sup> D. Lochak, *Etrangers : de quel droit ?*, Paris, PUF, 1985, p. 207

<sup>15</sup> V. sur ce point S. Le Courant, *Vivre sous la menace. Les sans-papiers et l'Etat*, Seuil, 2022, not. pp. 271 et s.

La CAA de Lyon de ne vous interroge en effet pas sur la pertinence intrinsèque de la solution retenue il y a sept ans par la section du contentieux mais, nous nous l'avons dit, sur le point de savoir si la loi ESSOC a frappé cette solution d'obsolescence. C'est donc sous le seul prisme de cette loi et de ses dispositions réglementaires d'application que vous êtes aujourd'hui invités à vous prononcer sur la pérennité de la solution retenue par votre décision *CO...*

**2.1.** Les dispositions issues de ces textes, et sur la portée desquelles vous êtes interrogés, sont codifiées au sein du chapitre II du titre 1<sup>er</sup> du Livre III du code des relations entre le public et l'administration (CRPA), relatif à la « diffusion des documents administratifs », dans une Section 2 comprenant les « règles spécifiques aux instructions et circulaires ».

Cette section s'ouvre par un article L. 312-2 qui, systématisant la règle déjà posée par le décret (n° 2008-1281) du 8 décembre 2008, prévoit que « *les instructions et circulaires [qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives] sont réputées abrogées si elles n'ont pas été publiées, dans des conditions et selon des modalités fixées par décret* ».

L'article L. 312-3, au cœur de nos affaires, comporte pour sa part trois alinéas qu'il convient de citer *in extenso*.

Le premier prévoit que « *toute personne peut se prévaloir des documents administratifs mentionnés [à] l'article L. 312-2, émanant des administrations centrales et déconcentrées de l'Etat et publiés sur des sites internet désignés par décret* ». Le second dispose que « *toute personne peut se prévaloir de l'interprétation d'une règle, même erronée, opérée par ces documents pour son application à une situation qui n'affecte pas des tiers, tant que cette interprétation n'a pas été modifiée* ». Enfin, le troisième précise que « *les dispositions du présent article ne peuvent pas faire obstacle à l'application des dispositions législatives ou réglementaires préservant directement la santé publique, la sécurité des personnes et des biens ou l'environnement* ».

Les articles qui suivent, tous réglementaires et issus du décret du 28 novembre 2018, prévoient, pour ce qui nous intéresse, c'est-à-dire s'agissant des circulaires et instructions des ministres, deux séries de règles.

L'article R. 312-8 indique tout d'abord que, pour l'application de l'article L. 312-2, et par dérogation aux règles applicables aux circulaires et instructions des administrations centrales de l'Etat qui sont publiées au bulletin officiel et sur le site internet du ministère concerné (art. R. 312-3-1), « *les circulaires et instructions adressées par les ministres aux services et établissements de l'Etat sont publiées sur un site relevant du Premier ministre (...)* », c'est-à-dire, en pratique, le site « Légifrance ».

Les articles R. 312-10 et D. 312-11 fixent quant à eux les règles relatives à l'invocabilité de ces documents. Le premier précise que « *les sites internet sur lesquels sont*

*publiés les documents dont toute personne peut se prévaloir dans les conditions prévues à l'article L. 312-3 (...) comportent, sur la page [y] donnant accès (...) », une mention indiquant expressément qu'ils sont invocables dans ces conditions. Le second énumère la liste des sites internet des ministères sur lesquels sont publiés les documents opposables, et précise que lorsque la page à laquelle renvoient ces adresses « ne donne pas directement accès à la liste des documents mentionnés à l'article L. 312-3, elle comporte un lien direct vers cette liste, identifié par la mention “ Documents opposables ”. ».*

**2.2.** Il résulte de ces dispositions que le régime de publication prévue pour l'application de l'article L. 312-2 relatif à la mise en vigueur des circulaires et instructions des ministres diffère de celui prévu pour l'application de l'article L. 312-3 relatif à l'invocabilité de ces documents. Ainsi, pour ne pas être regardées comme abrogées, les circulaires et instructions doivent uniquement être publiés sur « un site relevant du Premier ministre » ; mais pour bénéficier du régime d'invocabilité prévu par l'article L. 312-3, ces documents doivent en outre être publiés sur des sites comportant des mentions indiquant explicitement qu'ils sont invocables. Vous l'aurez compris, c'est donc à l'administration de décider, parmi les instructions et circulaires en vigueur, celles qu'elle entend rendre invocables au sens de l'article L. 312-3.

Contrairement à ce que laisse entendre l'une des questions soulevées par la demande d'avis, une telle asymétrie n'a pas été instituée par le décret (n° 2018-1047) du 28 novembre 2018 d'application des articles L. 312-2 et L. 312-3, mais résulte de la loi ESSOC elle-même. C'est en effet l'article L. 312-2 qui conditionne la possibilité de se prévaloir des instructions et circulaires à leur publication sur des « sites internet désignés par décret ». Comme le confirme l'étude d'impact du projet de loi ESSOC, le législateur semble ainsi avoir entendu conditionner l'invocabilité au sens de l'article L. 312-3 des instructions et circulaires à leur mis en ligne « sur un site internet dédié à l'image du BOFiP-Impôts de l'administration fiscale (...) »<sup>16</sup>. Par suite, et contrairement à ce qu'ont pu juger certaines juridictions du fond<sup>17</sup>, le pouvoir réglementaire a pu sans méconnaître les dispositions de la loi ESSOC, conditionner l'invocabilité qu'elle prévoit à la publication des documents sur des sites dédiés comportant certaines mentions indiquant explicitement qu'ils sont invocables.

Vous pourriez sans doute, ménageant vos efforts, vous arrêter à ce constat qui, en toute rigueur, permet de répondre à la question centrale soulevée par la demande d'avis<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Etude d'impact, projet de loi pour un Etat au service d'une société de confiance, p. 61

<sup>17</sup> TA de Strasbourg, 23 septembre 2021, *M. et Mme W...*, n°s 2104379 2104380, concl. S. Bauer, AJDA 2022.406

<sup>18</sup> v. CE, 2 juin 2021, *M. Patry et autres*, n°s 450329 et a., C, qui retient une telle solution expédiente en jugeant que « les réponses ministérielles attaquées (...) n'ont pas fait l'objet d'une publication sur un des sites mentionnés à l'article D. 312-11 du [CRPA] en application de l'article L. 312-3 du même code » et que, « par suite et en tout état de cause, les requérants ne peuvent se prévaloir de ces dispositions au soutien de la recevabilité de leurs requêtes ».

Car en effet, si la circulaire Valls a fait l'objet d'une mise en ligne sur le site Légifrance ainsi que sur celui du site du ministère de l'intérieur (lequel est mentionné à l'article D. 312-11), elle ne figure pas sur la liste à laquelle renvoie la page « documents opposables » de ce dernier site. Il s'en déduit que ce texte ne satisfait pas à la condition de publication spécifique prévue par l'article L. 312-3 du CRPA et ne peut, dès lors, et en tout état de cause, bénéficier du régime d'invocabilité prévue par ces dispositions.

**3.** Mais parce que nous vous savons téméraires, et que cette affaire constitue une précieuse occasion de le faire, nous vous proposons d'en dire davantage et de vous prononcer sur la portée de l'invocabilité prévue par l'article L. 312-3 du CRPA, dont vous pourrez déduire le champ des documents sur lesquels elle porte.

**3.1.** S'agissant de la portée, rappelons qu'en l'état de votre jurisprudence, mis à part le cas des lignes directrices, le principe est que pour être invocable devant un juge, c'est-à-dire être mobilisé par un justiciable afin de fonder en droit ses prétentions, un acte, quel que soit sa dénomination, doit revêtir un caractère réglementaire. A l'inverse, les actes interprétatifs, c'est-à-dire ceux adoptés sur le seul fondement d'une « compétence à interpréter » que détient toute autorité hiérarchique<sup>19</sup>, ne peuvent être utilement invoquées devant le juge<sup>20</sup>. Ainsi, si rien n'interdit à un justiciable de faire valoir à l'appui de sa demande, comme pure circonstance de fait, l'existence d'une circulaire interprétative dont le contenu lui serait favorable, un tel document ne peut servir de fondement juridique à ses prétentions, c'est-à-dire de règle de droit sur la méconnaissance de laquelle il articulerait un moyen pour faire triompher sa cause.

Une telle solution trouve sa justification dans la rigueur des règles qui régissent l'exercice du pouvoir réglementaire, lequel est réservé par la Constitution au président de la République et au Premier ministre, les autres autorités administratives, notamment les ministres<sup>21</sup>, n'en disposant que sur délégation ou sur le fondement de la jurisprudence *Jamart*.

Or, reconnaître une invocabilité aux actes purement interprétatifs, c'est-à-dire édictés en dehors de tout pouvoir réglementaire, reviendrait à méconnaître ce principe cardinal et donc à conférer *de facto* à leurs auteurs un pouvoir réglementaire dont ils ne disposent pas *de jure*. Pire, si l'interprétation devait prévaloir sur le texte interprété, il s'en suivrait une inversion de la hiérarchie des normes, au demeurant à géométrie variable, selon que l'administré pense ou non à se prévaloir de la doctrine administrative favorable.

C'est cet attachement aux exigences issues du principe de légalité qui guide votre lecture de l'article L. 80 A du Livre des procédures fiscales (LPF), lequel, vous le savez, permet aux contribuables de réclamer l'application à leur situation de la doctrine fiscale, c'est-

---

<sup>19</sup> Concl. P. Fombeur sur Sect., 18 décembre 2002, *Mme D...*, I...

<sup>20</sup> CE, 31 juillet 1992, *Préfet de Seine-et-Marne c/ KI...*, n° 132778, B ; 26 octobre 1992, *Min. c/ JT...*, n° 91745, B ; CE, 25 avril 1994, *Ministre de l'éducation nationale*, n° 137793, A ; CE, 10 juillet 1995, *Association « Un Sisyphé »*, n° 162718, A

<sup>21</sup> CE, Sect., 23 mai 1969, *Société Distillerie Brabant et Cie*, p. 264

à-dire des textes de portée générale de l'administration intervenus en matière fiscale. Comme le soulignait Edouard Crépey, vous vous êtes en effet toujours efforcés de « *raisonner à l'égard de la doctrine fiscale en termes de confiance légitime et non pas de normes* »<sup>22</sup>. Plutôt que d'appréhender le dispositif de l'article L. 80 A comme une délégation de pouvoir normatif du législateur au profit de l'administration, ce qui n'aurait d'ailleurs pas manqué d'en questionner la constitutionnalité, vous y avez vu une règle de pure procédure limitant le pouvoir de l'administration fiscale en lui interdisant, pour reprendre l'expression de Jérôme Turot, de retourner sa veste doctrinale<sup>23</sup>. Ainsi, vous jugez que l'article L. 80 A institue uniquement « *un mécanisme de garantie au profit du redevable qui, s'il l'invoque, est fondé à se prévaloir, à condition d'en respecter les termes, de l'interprétation de la loi formellement admise par l'administration, même lorsque cette interprétation ajoute à la loi ou la contredit* »<sup>24</sup>.

C'est cette même conception non normative de la doctrine administrative que nous vous proposons d'adopter dans l'interprétation des dispositions de l'article L. 312-3 du CRPA, lesquelles, comme en attestent les travaux préparatoires de la loi ESSOC, s'inspirent directement du mécanisme l'article L. 80 A qu'elles ont entendu élargir à la doctrine administrative générale<sup>25</sup>.

Si vous nous suivez pour appréhender le mécanisme d'invocabilité prévu par l'article L. 312-3 du CRPA, à l'instar de celui institué par l'article L. 80 A, comme une garantie contre les changements de doctrine, vous pourrez apporter trois séries de précisions qui permettront d'en éclairer la portée et de répondre aux autres questions qui vous sont soumises.

Tout d'abord, si l'article L. 312-3 vise uniquement à permettre une invocabilité semblable à celle dont bénéficie la doctrine fiscale, il n'a nullement pour effet de modifier le régime d'invocabilité des lignes directrices issu de votre jurisprudence *Crédit Foncier de France*, qui ne constitue pas une garantie contre les changements de doctrine mais repose, nous l'avons vu, sur la nécessité d'assurer une égalité de traitement entre les administrés. Autrement dit, et c'est heureux, on ne saurait retenir une lecture *a contrario* des dispositions de l'article L. 312-3 pour estimer que seules les lignes directrices publiées sur les sites internet dédiés et selon les modalités définies par les articles R. 312-10 et D. 312-11 seraient désormais invocables. Pour être invocables dans les conditions fixées par votre jurisprudence, des lignes directrices doivent faire l'objet d'une publication dans les seules conditions posées par l'article L. 312-2, c'est-à-dire celles requises pour qu'une instruction ou une circulaire ne soit pas regardée comme abrogée.

---

<sup>22</sup> Concl. sur CE, Section, 8 mars 2013, *Mme Z...*, n° 353782, A

<sup>23</sup> *J. Turot, La vraie nature de la garantie contre les changements de doctrine : RJF 5/1992, p. 371*

<sup>24</sup> CE, Section, 8 mars 2013, *Mme Z...*, préc.

<sup>25</sup> v. not. Rapport de Stanislas Guérini, Assemblée nationale, n° 575, XVème législature, qui indique que l'objectif du texte consiste à « *étendre ainsi à l'ensemble des secteurs de l'administration ce qui existe aujourd'hui en matière fiscale, avec la doctrine fiscale* ».

Ensuite, à la différence de ce qu'elle pourrait faire par l'édition d'un acte réglementaire, l'administration ne peut, via le mécanisme de l'article L. 312-3, obliger l'administré au respect de sa doctrine, c'est-à-dire prendre une décision sur le fondement d'une instruction ou d'une circulaire. Ainsi, à l'instar de la doctrine fiscale<sup>26</sup>, les actes interprétatifs invocables en application de l'article L. 312-3 ne jouissent que d'un « effet vertical ascendant », au seul bénéfice des administrés.

En outre, avant de statuer sur la situation de l'administré au regard de l'acte interprétatif invocable, le juge devra toujours, même d'office, préalablement vérifier si ses prétentions sont fondées au regard de la loi ou du texte réglementaire interprétés<sup>27</sup>. Et ce n'est que dans la négative, c'est-à-dire si la doctrine méconnaît la loi ou y ajoute, que l'administré pourra invoquer, non pas d'ailleurs la doctrine elle-même, mais la garantie prévue par l'article L. 312-3 contre les changements de doctrine. Ainsi, dans la mesure où une interprétation administrative conforme à la loi est regardée comme déjà contenue dans celle-ci et donc en découlant directement, le mécanisme de l'article L. 312-3 n'est susceptible de jouer, par définition, que lorsque la doctrine dont se prévaut l'administré est erronée, c'est-à-dire illégale, qu'elle ajoute au texte interprété ou le contredise<sup>28</sup>.

Enfin, en réponse à l'une des questions soulevées par la demande d'avis, nous pensons que lorsque le justiciable invoque, pour se prévaloir de la circulaire Valls, la garantie prévue par l'article L. 312-3, son moyen doit être regardé non comme inopérant mais comme non fondé. Car nous vous l'avons dit, dans ce cas, le justiciable n'invoque pas la circulaire mais l'article L. 312-3 pour faire obstacle à l'application du texte réglementaire ou législatif sur lequel elle porte. Or, l'invocation de l'exception du L. 312-3, si elle est fondée, c'est-à-dire si les conditions d'application de cet article sont réunies, notamment celles tenant à la publication du document en cause, a bien une influence possible sur la solution du litige et, en ce sens, est pleinement opérante. C'est en tous cas la solution que vous avez retenue en matière fiscale, où vous jugez que « *le moyen tiré de l'opposabilité, sur le fondement de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales (LPF), d'une interprétation administrative émanant d'une autorité compétente n'est jamais inopérant* »<sup>29</sup>. Et nous vous proposons de transposer cette solution au mécanisme de l'article L. 312-3 du CRPA, et de juger que lorsque le justiciable invoque ces dispositions afin de se prévaloir d'un acte qui n'en remplit pas les conditions, son moyen ne peut être regardé comme inopérant.

**3.2.** La question de la portée résolue, reste celle du champ du mécanisme de garantie prévue par l'article L. 312-3, c'est-à-dire des documents susceptibles de bénéficier de l'invocabilité qu'il prévoit.

<sup>26</sup> V., pour l'application de l'article L. 80 A, CE, plén., 26 juill. 1985, *Sté Lefébure Isolants Réunis*, n° 45149, A

<sup>27</sup> CE, 14 avr. 1995, *Sté pour la réalisation et la gestion immobilière (SRGI)*, n° 135659, B

<sup>28</sup> CE, Section, 27 juillet 2005, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Société des Pétroles*, n°s 261899 273663, A

<sup>29</sup> v. CE, 30 juin 2010, *Commeau*, 310294, A, qui juge que « *dans un litige relevant du contentieux fiscal, le moyen tiré de l'opposabilité, sur le fondement de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales (LPF), d'une interprétation administrative émanant d'une autorité compétente n'est jamais inopérant* ».

Ces dispositions, rappelons-le, visent, par renvoi à l'article L. 312-2, les « *instructions, les circulaires ainsi que les notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives* ».

L'expression couvre assurément les circulaires interprétatives. En sont en revanche exclues, comme vous l'avez d'ailleurs déjà jugé, les circulaires qui comportent des dispositions à caractère réglementaire, c'est-à-dire celles prises en vertu d'une délégation du pouvoir réglementaire ou sur le fondement du pouvoir *Jamart*<sup>30</sup>. Et parce que le spécial déroge au général, adage auquel fait d'ailleurs écho l'article L. 100-1 du CRPA, doivent également être exclus du champ de l'article L. 312-3 les documents qui bénéficient d'un régime légal spécifique d'invocabilité, c'est-à-dire les documents relevant des doctrines fiscales, sociales et douanières couvertes respectivement par les article L. 80 A du LPF, L. 243-62 du code de la sécurité sociale et 345 bis du code des douanes.

Nous semblent également devoir être incluses dans le champ de l'article L. 312-3, comme en attestent les travaux préparatoires de la loi ESSOC, les lignes directrices, qui ne sont qu'une espèce particulière d'instructions<sup>31</sup>. Pour ces documents, l'invocabilité prévue par la loi ESSOC, nous vous l'avons dit, n'a nullement vocation à se substituer mais à s'ajouter à celle que vous leur conférez depuis votre décision *Crédit Foncier de France*. Autrement dit, la publication de lignes directrices selon les modalités prévues par l'article L. 312-3 et précisées par les articles R. 312-10 et D. 312-11, c'est-à-dire sur un site internet dédié mentionnant expressément que le mécanisme d'invocabilité de la loi ESSOC est applicable, permettra au requérant de se prévaloir des dispositions erronées de ces documents qui ajoutent au texte sur lequel elles portent ou le contredisent. Dans cette hypothèse, le justiciable pourra faire valoir qu'il satisfait au critère erroné prévu par les lignes directrices pour bénéficier de l'avantage qu'elles prévoient, à charge pour l'administration, qui ne pourra se réfugier derrière l'illégalité de ce critère, de démontrer qu'un motif d'intérêt général ou la particularité de la situation de l'intéressé justifiaient de s'en écarter.

Plus délicate est la question de savoir si le mécanisme de garantie contre les changements de doctrine prévue à l'article L. 312-3 est susceptible de s'appliquer à des orientations générales.

En première analyse, et à s'en tenir aux termes de l'article L. 312-2 auxquels renvoie l'article L. 312-3, rien ne semble s'y opposer.

En effet, ces documents, bien qu'ils portent sur des mesures de faveur, n'en comportent pas moins une interprétation du droit positif<sup>32</sup>. D'une part, les mesures de faveur sont bien octroyées en vertu d'une règle de droit positif, pour ce qui nous occupe celle,

---

<sup>30</sup> v. CE, 27 juillet 2019, *Ligue des droits de l'Homme et Confédération générale du travail et autres*, n° 427638 428895 429621, B

<sup>31</sup> Votre jurisprudence se réfère parfois en ce sens aux « instructions fixant des lignes directrices », v. CE, 19 septembre 2014, *M. J...*, n° 364385, A

<sup>32</sup> v. en sens inverse, CAA de Nantes, 25 mars 2022, *M. H...*, n° 21NT01868

dégagée par votre jurisprudence<sup>33</sup> et aujourd'hui codifiée à l'article L. 435-1 du CESEDA, selon laquelle l'administration dispose du pouvoir de prendre, à titre gracieux et exceptionnel, une mesure de régularisation compte tenu de l'ensemble des éléments caractérisant la situation personnelle de l'étranger. D'autre part, en énonçant des orientations générales destinées à éclairer les préfets dans l'exercice de ce pouvoir, l'auteur de celles-ci se livre nécessairement à une interprétation de la règle qui consacre un tel pouvoir, car en déterminant, même à grands traits, les modalités de sa mise en œuvre, il en propose une signification.

Reste qu'il faut bien admettre que le mécanisme de garantie contre les changements de doctrine qu'institue l'article L. 312-3 est difficilement compatible avec la nature des orientations générales telle que définie par votre décision *C O...*

On l'a dit, ce mécanisme vise, dans un objectif de confiance légitime, à protéger les administrés contre les changements de doctrine de l'administration. Un tel mécanisme n'a donc de sens que lorsque la doctrine en cause porte sur la reconnaissance d'un droit ou d'un avantage que l'intéressé pouvait légitimement espérer. Or, la particularité des orientations générales est précisément de porter sur l'octroi de mesures de faveur au bénéfice desquelles, nous reprenons les termes de votre décision *C O...*, l'intéressé ne peut faire valoir aucun droit. De sorte qu'en l'état de votre jurisprudence, il serait à nos yeux contradictoire de faire jouer le mécanisme de l'article L. 312-3 à l'égard d'orientations générales édictées pour l'octroi de mesures de faveur car cela reviendrait à reconnaître aux intéressés une espérance légitime d'obtenir une mesure pour laquelle ils ne peuvent pourtant faire valoir aucun droit.

Si vous nous suivez, vous indiquerez dans votre avis que si la loi ESSOC n'a pas eu pour effet de permettre l'invocation de la circulaire Valls, ce n'est pas uniquement du fait que ce document n'a pas été publié dans les formes prévues aux articles R. 312-10 et D. 312-11, mais parce que, plus radicalement, le mécanisme de garantie qu'elle institue est insusceptible de s'appliquer aux orientations générales.

Précisons que vous n'aurez de la sorte pas à répondre à la question, devenue sans objet, de savoir si un ressortissant étranger qui n'a pas exécuté une précédente mesure d'éloignement entre dans les prévisions de la circulaire.

4. Les réponses que nous vous avons proposé ont pour effet, il faut le concéder, de conférer une portée relativement limitée aux dispositions de la loi ESSOC, éloignée en tous cas de la consécration souhaitée par certains commentateurs d'une invocabilité générale des circulaires et instructions publiées.

Mais une telle invocabilité générale ne ressort pas des travaux préparatoires de la loi ESSOC - au demeurant un peu confus sur cette question -, en tous cas pas assez nettement pour qu'en la consacrant vous endossiez une acception normative de la doctrine

---

<sup>33</sup> CE, 16 octobre 1998, *Melle X...*, au Recueil, n°s 147141 154883, A ; CE, Section, 4 février 2015, *Ministre de l'intérieur c/ M. C O...*, préc.

administrative qui, nous l'avons vu, heurte frontalement l'idée que votre jurisprudence se fait des exigences issues du principe de légalité.

La solution que nous vous proposons a également comme conséquence de ne rien changer à votre jurisprudence *C O...* – ce qui, nous en convenons, n'est de votre point de vue pas nécessairement un problème. De manière sans doute plus discutable, elle aboutit à ce que même si le gouvernement décidait de publier la circulaire Valls dans les conditions particulières prévues par les articles R. 312-10 et D. 312-11 du CRPA, elle demeurerait non invocable au sens de l'article L. 312-3, c'est-à-dire qu'un justiciable ne pourrait se prévaloir de ceux de ses critères qui s'avèreraient erronés.

Mais un tel résultat est la conséquence logique non pas tant de la solution que nous vous proposons mais de la solution *C O...* qui, en distinguant les orientations générales des lignes directrices et en rattachant les circulaires de régularisation à la première catégorie, a fondé la solution qu'elle consacre sur la nature même de la circulaire Valls. De sorte qu'il est somme toute peu surprenant que la loi ESSOC, dont l'objet n'était nullement de remettre en cause les contours des catégories des actes relevant de la littérature grise telles qu'issues de votre jurisprudence, n'ait pas eu pour effet de frapper d'obsolescence la solution *C O...*. Faire évoluer cette dernière ne dépend donc, avant comme après la loi ESSOC, que de vous.

Tel est le sens de nos conclusions.