

1. Notion de prise de position publique

Une prise de position publique est une manifestation d’opinion ou de volonté qui, sans s’imposer à ses destinataires, est exprimée dans le but d’obtenir un effet précis dans un sens déterminé.

La prise de position publique se distingue de la communication publique, qui a une portée générale et promotionnelle et n’exprime pas une analyse ou une position précise dans une affaire donnée. Elle se distingue également des circulaires et instructions qu’une personne publique est susceptible d’adresser aux agents de ses services, qui s’imposent à ces derniers en vertu du principe hiérarchique.

La prise de position publique ne constitue pas, en principe, une décision administrative, même non formalisée. La prise de position tend en effet à orienter les comportements et non à s’imposer en droit à ses destinataires.

Elle peut être rapprochée à certains égards du « droit souple » tel qu’il a été défini par le Conseil d’État ([étude annuelle de 2013](#)), mais elle s’en écarte dans la mesure où les outils de droit souple présentent, par leur contenu et leur mode d’élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit.

2. Usage économique de la prise de position publique

La prise de position publique est un procédé commode et rapide à mettre en œuvre : elle peut remplacer le recours à une norme contraignante, plus complexe à élaborer, notamment au plan procédural, ou des outils mobilisant des ressources financières importantes.

Les prises de position publiques peuvent prendre la forme de déclarations d’intention, de recommandations informelles, de soutiens ou à l’inverse, d’oppositions à certains acteurs ou projets.

Les acteurs économiques ayant tendance à anticiper sur les décisions prises, le seul fait d’exprimer une analyse ou une orientation peut suffire à produire un effet significatif sur ces derniers, le cas échéant un effet dissuasif.

3. Les restrictions de fond aux prises de position publiques

3.1. Obligations d'abstention générales applicables à toutes personnes

Les prises de position publiques sont soumises au droit de la presse, en particulier à la [loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse](#). Elles sont donc susceptibles de donner lieu, notamment, à condamnation pour diffamation publique, laquelle est définie comme l'allégation ou l'imputation d'un fait non avéré portant atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne ou d'un corps (art. 29, alinéa 1er, de la loi de 1881).

L'infraction suppose, pour être constituée, la réunion d'un élément matériel et d'un élément intentionnel.

L'élément matériel consiste en l'allégation ou l'imputation d'un fait précis et déterminé, de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne. La simple allégation d'un fait, si désagréable qu'elle puisse paraître à celui qu'elle concerne, ne revêt un caractère diffamatoire « *qu'autant que le fait comporte le déshonneur ou le discrédit de cette personne et est de nature à la dégrader moralement dans l'opinion publique, ou à la diminuer dans l'estime qu'elle s'est acquise auprès de son entourage ou de ceux qui appartiennent à son état ou à sa profession* » (Trib. corr. de la Seine, 20 décembre 1962).

L'allégation ou l'imputation diffamatoire doit se présenter sous la forme d'une articulation précise de faits de nature à être, sans difficulté, l'objet d'une preuve et d'un débat contradictoire (Cass. crim. 6 janv. 2015, [n° 13-86330](#)). Cette précision permet de distinguer la diffamation de l'injure, qui ne comporte l'imputation d'aucun fait (v. art. 29, alinéa 2 de la loi de 1881). L'auteur de l'allégation ou de l'imputation, s'il apporte la preuve de la vérité de ses propos, s'exonère de sa responsabilité pénale (« exception de vérité »). La démonstration de cette preuve est toutefois soumise à des conditions de délai et de procédure très contraignantes – notamment, elle doit être apportée dans les 10 jours suivant la notification de la citation à comparaître (v. [art. 55](#) de la loi de 1881).

L'élément intentionnel implique que l'auteur des allégations ou imputations diffamatoires a eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne visée. L'existence de cet élément intentionnel est présumée dans le cadre de la mise en œuvre de la loi du 29 juillet 1881 : selon une jurisprudence constante, les imputations diffamatoires sont réputées, de droit, faites avec l'intention de nuire, cette présomption ne pouvant disparaître qu'en présence de justifications suffisantes pour faire admettre la bonne foi (Cass. crim. 20 février 1990, [n° 89-80487](#) ; 15 octobre 2019, [n° 18-83255](#) ; 3 novembre 2020, [n° 19-84700](#), point 20).

Il faut relever que les personnes morales ne peuvent être condamnées dans ce cadre (Cass. crim. 10 septembre 2013, [n° 12-83672](#)), de sorte que les personnes publiques doivent être regardées, en tant que telles, comme placées hors du champ d'application des crimes et délits réprimés par la loi du 29 juillet 1881 – ce qui n'exclut pas une condamnation de leurs représentants légaux.

Les supports de la diffamation sont largement entendus (les articles 30 à 33 de la loi de 1881 les définissent par renvoi aux dispositions de son art. 23 : écrit, parole, image et, depuis l'entrée en vigueur de la loi [n° 2004-575](#) du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, tout moyen de communication au public par voie électronique). Ces dispositions sont susceptibles de sanctionner l'atteinte à l'image d'une entreprise qui découlerait de propos diffamatoires visant personnellement les dirigeants ou responsables sociaux, ou l'entreprise elle-même, à l'exclusion de toute critique des produits ou services de l'entreprise (Cass. 2e civ. 5 juillet 2000, [n° 98-14255](#)).

L'action en dénigrement, fondée sur les dispositions de droit commun de l'article [1240](#) du code civil (anciennement article 1382), est quant à elle applicable aux publications de critiques négatives, propos ou commentaires concernant des produits et services, et permet de faire sanctionner et indemniser les atteintes à la réputation d'une société, plus largement que ne le permet l'action en diffamation. Un dénigrement fautif est ainsi défini comme « *un comportement déloyal consistant à répandre des appréciations touchant les produits, les services ou les prestations d'une entreprise lorsqu'elles portent atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne physique ou morale qui l'exploite* » (v. CA de Paris, Pôle 1 - Chambre 2, 21 novembre 2013, société Aigle Azur, n° RG : 12/23396).

Toute entreprise dispose ainsi de possibilités de riposte en cas d'atteinte injustifiée à son image :

- une action pénale sur le fondement de l'article [32](#), alinéa 1^{er}, de la loi du 29 juillet 1881 prohibant les diffamations envers les particuliers sanctionnées par une amende de 12 000 euros ;
- une action civile de droit commun pour obtenir réparation du préjudice subi du fait de la diffamation ou du dénigrement ;
- un droit de réponse – moyen d'action extrajudiciaire – en vertu soit de l'article [13](#) de la loi du 29 juillet 1881 si la prise de position a été diffusée par le biais d'une publication périodique soit de l'article [1-1](#) de la loi du 21 juin 2004 si elle a été diffusée en ligne (sans préjudice, dans ce dernier cas, de la mise en cause de la responsabilité de l'éditeur du service de communication au public en ligne prévue également à l'article 1-1 précité ou de celle du fournisseur de services d'hébergement, de plateforme en ligne ou de réseaux sociaux en ligne, prévue à l'article [6](#) de la même loi).

3.2. Obligations d'abstention générales applicables aux personnes et agents publics

Une prise de position publique informelle ne fait pas l'objet d'une définition légale et ne repose pas sur un régime juridique particulier. Elle peut néanmoins être proscrite par les textes ou certains principes, comme la nécessité pour les fonctionnaires et agents publics de se conformer aux devoirs de réserve, de discrétion professionnelle et de respect du secret professionnel : « *L'agent public est tenu au secret professionnel dans le respect des articles 226-13 et 226-14 du code pénal* » (art. [L. 121-6](#) du code général de la fonction publique) ; « *L'agent public doit faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont il a connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions (...)* » (art. [L. 121-7](#) du même code).

Des textes particuliers proscrivent des prises de position publiques individuelles, notamment des membres des collèges des autorités de régulation. Ainsi l'article [9](#) de la loi n° [2017-55](#) du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes prévoit que les membres de ces autorités ne prennent, à titre personnel, aucune position publique préjudiciable au bon fonctionnement de l'autorité à laquelle ils appartiennent. Ces mêmes dispositions soumettent les membres et anciens membres de ces autorités à l'obligation de respecter le secret de leurs délibérations. Elles les assujettissent également à des obligations de secret professionnel et de discrétion professionnelle.

3.3. Obligations d'abstention découlant du droit des marchés financiers

Lorsque les déclarations publiques se rapportent à des entreprises dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé, défini à l'article [L. 421-1](#) du code monétaire et financier, ainsi que dans certaines autres hypothèses prévues par le droit des marchés financiers, ces déclarations sont susceptibles de constituer des **manquements boursiers**, par exemple des opérations d'initiés ou des

manipulations de marché respectivement définies aux articles 8 et 12 du règlement (UE) n° 596/2014 du 16 avril 2014 sur les abus de marché (ci-après règlement MAR). La réglementation boursière s'applique aux personnes publiques et à leurs agents, à l'exception des actions entreprises dans le cadre de la politique monétaire, de change ou de gestion de la dette publique, lesquelles sont hors du champ d'application du règlement MAR (règlement MAR, art. 6.1).

La responsabilité pénale des acteurs publics dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions sur le fondement de **délits boursiers** (délit d'initié, délit de recommandation d'utilisation d'informations privilégiées, délit de divulgation illicite d'une information privilégiée, délit de manipulation de cours, délit de diffusion de fausses informations et délit de manipulation d'indice – voir art. [L. 465-1 et suivants](#) du code monétaire et financier) est également susceptible d'être engagée (étant précisé que manquements boursiers et délits boursiers ne peuvent plus, désormais, être sanctionnés cumulativement – voir [art. L. 465-3-6](#) du code monétaire et financier). Seul l'État, en tant que personne morale, bénéficie d'une irresponsabilité pénale générale (art. [121-2](#) du code pénal).

Le principal risque, s'agissant de déclarations publiques, se situe en matière de diffusion de fausses informations.

Aux termes de l'article 12.1 c) du règlement MAR, constitue une manipulation de marché le fait de *« diffuser des informations, que ce soit par l'intermédiaire des médias, dont l'internet, ou par tout autre moyen, qui donnent ou sont susceptibles de donner des indications fausses ou trompeuses en ce qui concerne l'offre, la demande ou le cours d'un instrument financier, d'un contrat au comptant sur matières premières qui lui est lié ou d'un produit mis aux enchères sur la base des quotas d'émission, ou fixent ou sont susceptibles de fixer à un niveau anormal ou artificiel le cours d'un ou de plusieurs instruments financiers, d'un contrat au comptant sur matières premières qui leur est lié ou d'un produit mis aux enchères sur la base des quotas d'émission, y compris le fait de répandre des rumeurs, alors que la personne ayant procédé à une telle diffusion savait ou aurait dû savoir que ces informations étaient fausses ou trompeuses. »*

Il convient également de considérer les dispositions du I de l'article [L. 465-3-2](#) du code monétaire et financier, selon lesquelles *« Est puni des peines prévues au A du I de l'article L. 465-1 le fait, par toute personne, de diffuser, par tout moyen, des informations qui donnent des indications fausses ou trompeuses sur la situation ou les perspectives d'un émetteur ou sur l'offre, la demande ou le cours d'un instrument financier ou qui fixent ou sont susceptibles de fixer le cours d'un instrument financier à un niveau anormal ou artificiel »*. L'article [L. 465-3-3](#) du code monétaire et financier sanctionne de la même peine la transmission ou la tentative de transmission d'une donnée ou d'une information fausse ou trompeuse utilisée pour calculer un indice de référence ou de nature à fausser le cours d'un instrument ou d'un actif auquel serait lié cet indice.

3.4. Obligation d'abstention découlant du droit des aides d'État

Lorsqu'elles favorisent un opérateur, les prises de position publiques sont susceptibles de conférer un avantage au moyen de ressources d'État et d'être qualifiées d'aides d'État au sens de l'article [107](#) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE ci-après). En effet, la Cour de justice (CJUE ci-après) a estimé, dans un cas demeuré isolé, mais significatif, que des déclarations gouvernementales pouvaient participer à l'identification d'une aide d'État. Il s'agissait de déclarations du ministre de l'économie, par communiqué de presse, entre juillet et décembre 2002, relatives au soutien financier que l'État français se proposait d'apporter à la société France Télécom, y compris l'annonce du 4 décembre 2002 de la mise

à disposition d'une avance d'actionnaire. La Commission européenne avait estimé que « [l']avance d'actionnaire octroyée par la France à FT en décembre 2002 sous forme d'une ligne de crédit de 9 milliards d'euros, placée dans le contexte des déclarations formulées depuis juillet 2002, constitue une aide d'État incompatible avec le marché commun » (décision de la Commission n° 2006/621/CE du 2 août 2004 concernant l'aide d'État mise à exécution par la France en faveur de France Télécom).

La CJUE s'est prononcée sur la question de savoir si les déclarations publiques faites par les autorités publiques d'une part, et l'annonce de l'offre d'avance d'actionnaire proposée par l'État, d'autre part, constituaient une aide d'État au sens de l'article 107 du TFUE. La Cour de justice a fait prévaloir, dans son raisonnement, une approche globale de la notion d'avantage économique impliquant l'engagement de ressources d'État (CJUE, grande chambre, *Bouygues et Bouygues Télécom c. Commission e. a.*, 19 mars 2013, aff. jointes [C-399/10 P](#) et [C-401/10 P](#), pts 103-139). Selon la Cour de justice, le Tribunal (dans sa décision TUE, *Bouygues et Bouygues Télécom c. Commission e. a.*, 21 mai 2010, [T-425/04](#), [T-444/04](#), [T-450/04](#) et [T-456/04](#)) avait commis une erreur de droit en recherchant un lien étroit entre les avantages issus des déclarations et de l'offre d'avance, et une diminution du budget étatique correspondant à chacun de ces avantages (point 105).

Elle a ainsi considéré qu'il n'y avait pas lieu d'exclure que « plusieurs interventions consécutives de l'État doivent, aux fins de l'application de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, être regardées comme une seule intervention » (point 103). Elle a précisé ensuite qu'une « intervention étatique susceptible, à la fois, de placer les entreprises auxquelles elle s'applique dans une situation plus favorable que d'autres et de créer un risque suffisamment concret de la réalisation, à l'avenir, d'une charge supplémentaire pour l'État, peut grever les ressources de l'État » (point 106).

La Cour de justice en a déduit qu'il était manifeste que les annonces publiques de l'État devaient être associées à l'offre d'avance d'actionnaire, et que c'était à bon droit que la Commission avait considéré que cette avance constituait un avantage au sens de l'article 107, paragraphe 1, en ce qu'elle a permis à France Télécom « d'augmenter ses moyens de financement et de rassurer les marchés quant à sa capacité de faire face à ses échéances » (§ 194 de la décision de la Commission n° 2006/621/CE du 2 août 2004 concernant l'aide d'État mise à exécution par la France en faveur de France Télécom). Enfin, elle a confirmé que l'ouverture d'une ligne de crédit de 9 milliards d'euros au titre de l'offre d'avance d'actionnaire, qui aurait pu être signée à tout moment, constituait un avantage octroyé au moyen de ressources d'État.

Le Tribunal, statuant à nouveau dans cette affaire, a quant à lui annulé la décision de la Commission européenne, en considérant que le critère de l'investisseur avisé n'avait pas été correctement appliqué. En l'espèce, le critère de l'investisseur avisé permet de déterminer si un investisseur privé, placé dans la même situation que l'État français, aurait fait des déclarations de soutien en faveur de France Télécom et lui aurait octroyé une avance d'actionnaire. A ce titre, le Tribunal a relevé que la Commission européenne avait essentiellement appliqué le critère de l'investisseur avisé aux déclarations publiques faites en juillet 2002 (point 207), alors qu'elle aurait dû l'appliquer à l'annonce de l'offre d'avance d'actionnaire et à sa concrétisation, intervenues en décembre 2002, prises ensemble. L'application du critère de l'investisseur privé avisé était d'autant plus erronée que la Commission européenne ne disposait pas d'éléments suffisants pour déterminer si les déclarations faites en juillet 2002 étaient, en elles-mêmes, susceptibles d'engager des ressources d'État et, par conséquent, de constituer une aide d'État (point 212) (TUE, 2 juillet 2015, *République française c. Commission européenne*, aff. jointes [T-425/04 RENV](#) et [T-444/04 RENV](#)).

Saisie d'un nouveau pourvoi en cassation, la CJUE l'a rejeté, en confirmant qu'il y a lieu de se placer, pour appliquer le critère de l'investisseur privé avisé, au moment où est prise la décision d'investissement susceptible d'engager des ressources d'Etat, et en relevant que le Tribunal avait souverainement constaté que cette décision n'avait été prise en l'espèce qu'en décembre 2002 (CJUE, 30 novembre 2016, *Commission européenne c. République française*, [aff. C-486/15 P](#), points 138-145).

4. La contestation de la légalité de la prise de position publique

Toute décision administrative - parce qu'elle modifie l'ordonnement juridique en créant des droits ou obligations - peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif qui pourra le cas échéant en prononcer l'annulation ([CE, 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte*, n° 86949](#)). Une simple prise de position publique sur une situation particulière est en principe dénuée de tout effet contraignant et ne constitue donc pas une décision administrative susceptible de recours (4.1.). Toutefois, d'une part, la jurisprudence admet la recevabilité du recours pour excès de pouvoir dirigé contre une prise de position dans le cas particulier où celle-ci révèle ou recèle une décision administrative non formalisée (4.2.). D'autre part, la jurisprudence du Conseil d'Etat admet largement la recevabilité du recours pour excès de pouvoir dirigé contre des prises de position des autorités publiques, même non décisives, eu égard à leurs conséquences sur la situation ou le comportement des administrés (4.3.).

4.1. Prises de position insusceptibles de recours

Les prises de position publiques assimilables à de simples mesures d'information ou déclarations d'intention, lesquelles sont dépourvues par définition de portée contraignante, restent en principe insusceptibles de recours pour excès de pouvoir : elles se bornent à avertir de l'existence d'une décision formalisée déjà prise ou de l'intervention prochaine d'une telle décision mais, par elles-mêmes, elles ne comportent aucune décision ni n'ont pour objet ou pour effet d'influer sur la situation ou les comportements des administrés.

Ainsi, une délibération d'une commission économique interministérielle, qui ne comporte qu'une déclaration d'intention, ne fait pas, par elle-même, grief et est insusceptible de faire l'objet d'un recours contentieux ([CE, 22 avril 1970, *Société Établissements Louis Rémusat*, n° 70960](#)). Il en va de même du communiqué par lequel le Premier ministre a rendu public le tracé retenu pour une ligne de TGV, qui est une simple déclaration d'intention du gouvernement ([CE, 9 décembre 1988, *Ville d'Amiens et Chambres de commerce et d'industrie d'Amiens et de Rouen*, n°s 97746 et 97747](#)), de l'annonce par un ministre des diverses possibilités envisagées dans le cadre d'une réforme ([CE, 24 septembre 2003, *Syndicat national unifié des impôts*, n°s 248154 et 248441](#)), ainsi que d'annonces relatives au transfert du siège de l'Ifremer à Brest ([CE, 5 octobre 2015, *Comité d'entreprise du siège de l'Ifremer et autres*, n°s 387899 et 388524](#)), ou encore de propos tenus au sujet de l'extradition, par le chef de l'État, lors d'un congrès d'un mouvement de défense des droits de l'homme ([CE, 18 mars 2005, n° 273714](#)).

4.2. Prises de position assimilées à des actes décisives

Dans des cas particuliers, une prise de position publique peut receler ou révéler une véritable décision administrative faisant grief dont le juge, à défaut d'autres actes plus formalisés déjà pris ou devant intervenir, acceptera de se saisir en admettant le recours contre la prise de position. Le recours sera donc admis, en principe, si deux conditions sont cumulativement réunies : d'une part, la prise de position doit

être ferme et non exprimer une simple déclaration d'intention ; d'autre part, elle ne doit pas constituer la simple confirmation d'une décision antérieure ni ne doit avoir vocation à être concrétisée, au moins à brève échéance, par une décision ultérieure – seules ces décisions formalisées étant alors susceptibles de recours.

Une décision administrative faisant grief peut ainsi être exprimée par un simple communiqué de presse (v. par ex. CE, 10 juillet 1992, *Syndicat des médecins libéraux et autres*, [n°s 105440, 106591, 110194 et 121353](#) : le ministre de la santé a reconnu à des organisations syndicales de médecins la qualité d'organisations syndicales représentatives ; CE ass., 3 mars 1993, *Comité central d'entreprise de la SEITA*, [n° 132993](#) : le Premier ministre annonce la délocalisation de divers organismes).

Elle peut également être révélée par diverses actions de communication (CE, 6 octobre 2000, *Association Promouvoir*, [n°s 216901, 217800, 217801 et 218213](#) : décision relative à la distribution dans les collèges et lycées d'une pilule contraceptive, annoncée lors d'une conférence de presse, puis révélée par le lancement d'une campagne d'information ; CE, 15 mars 2017, *Association « Bail à part »*, [n° 391654](#) : décision relative au champ d'une expérimentation prévue par la loi, révélée par des déclarations publiques du Premier ministre).

4.3. Prises de position susceptibles de recours eu égard à leurs conséquences sur la situation ou le comportement des administrés

La prise en compte par le juge, pour apprécier la recevabilité des recours, des conséquences effectives des actes des autorités publiques, même dépourvus d'effets juridiques propres, n'est pas nouvelle. Le juge administratif admet, dans certaines hypothèses et à l'issue d'une appréciation *in concreto*, la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre des prises de position ou mesures d'information dépourvues de caractère décisoire lorsqu'elles sont de nature à produire des effets concrets, par exemple en faisant perdre à l'intéressé le bénéfice d'un avantage qui n'est pas conféré par une décision administrative susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir (CE, 17 décembre 1986, *Lazarevitch*, [n° 50903](#)) ou en influençant l'issue d'un litige en cours (CE sect., 5 novembre 1993, *S.A. Le Courrier de l'Ouest*, [n° 132305](#)). Certaines mesures d'information ou prises de position ont également été jugées faire grief lorsqu'elles sont susceptibles d'avoir des effets importants sur la situation de tiers (CE sect., 21 octobre 1988, *Église de scientologie de Paris*, [n° 68638 69439](#) ; CE, 7 août 2008, *Fédération chrétienne des témoins de Jéhovah de France*, [n° 310220](#)).

Cette veine jurisprudentielle a connu un élargissement récent.

Tout d'abord, eu égard à la place croissante des actes de « droit souple » dans l'exercice des missions de régulation dont sont chargées certaines autorités administratives, le Conseil d'Etat a décidé d'ouvrir plus largement le recours pour excès de pouvoir contre ces actes (CE ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH*, [n° 368082](#) ; CE ass., 21 mars 2016, *Société Numericable*, [n° 390023](#)). Il a jugé que les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils 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 ils s'adressent. De tels actes peuvent faire l'objet de demandes d'abrogation, dont le rejet peut aussi être contesté devant le juge de l'excès de pouvoir (CE sect., 13 juillet 2016, *Société GDF-Suez*, [n° 388150](#)).

Ces solutions ont depuis lors été étendues au-delà des actes émanant des seules autorités administratives chargées de missions de régulation : il est aujourd'hui admis qu'un acte administratif, même non

décisoire, peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir dès lors qu'il est de nature à produire, sur la personne du requérant, des effets notables, notamment en termes de réputation, ou qu'il est susceptible d'avoir une influence sur le comportement des personnes auxquelles il s'adresse (CE ass., 19 juillet 2019, *Mme A...*, n° [426389](#) ; CE 21 octobre 2019, *Association française de l'industrie pharmaceutique pour une automédication responsable*, n° [419996](#)).

Le Conseil d'État a également admis la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les rescrits fiscaux lorsque la prise de position de l'administration, à supposer que le contribuable s'y conforme, entraînerait des effets notables autres que fiscaux (CE sect., 2 décembre 2016, *Ministre de l'économie et des finances c/ société Export Press*, n° [387613](#)). En se fondant sur des considérations identiques, le Conseil d'État a reconnu la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre le refus opposé par l'administration à la suite de la notification par une société de l'option exercée pour la constitution d'un groupe fiscalement intégré (CE, 1^{er} juillet 2019, *Société Biomnis*, n° [421460](#)).

Enfin, c'est également au regard de leurs effets concrets que le Conseil d'État, revenant sur sa jurisprudence antérieure, apprécie désormais la recevabilité du recours pour excès de pouvoir dirigé contre les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, telles que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif (CE sect., 12 juin 2020, *GISTI*, n° [418142](#)). Désormais, ces prises de position de portée générale peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir dès lors qu'elles sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre. Le Conseil d'État a récemment admis qu'une simple « question-réponse » diffusée en ligne pouvait faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (CE, 8 avril 2022, *Syndicat national du marketing à la performance (SNMP)*, n° [452668](#) ; CE, 3 février 2023, *Mme A...*, n° [451052](#)). Il s'est refusé, en revanche, à étendre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir aux prises de position de portée générale « provoquées », par lesquelles l'administration se borne à répondre à une demande d'information qui lui a été adressée (CE, 21 juillet 2022, *Fédération des employés et cadres Force ouvrière*, n° [449388](#) ; CE, 10 février 2023, *Conseil des industries de défense françaises*, n° [460448](#)).

5. Réparation des dommages causés par les prises de position publiques

De façon générale (et en dehors de l'action civile en dommages-et-intérêts mentionnée *supra*, au point **3.1.**), s'il peut être reproché un comportement fautif (promesse non tenue, renseignements erronés, acte entaché d'illégalité...) à l'autorité qui a exprimé la position publique et qu'il peut être démontré que cette faute a été à l'origine d'un dommage, la personne qui a subi le dommage peut demander réparation de son préjudice, dont elle doit établir la réalité matérielle devant le juge administratif.

Une prise de position publique peut en particulier receler une promesse, qui ultérieurement n'est pas tenue par la personne publique. La promesse est la manifestation d'une volonté de s'engager à prendre un acte, à conclure un contrat ou à faire bénéficier quelqu'un d'un avantage ou d'une situation quelconque. Le comportement de l'administration ou certains de ses agissements peuvent être analysés par le juge comme un manquement à une promesse, dès lors que la conviction que leur destinataire a pu légitimement acquérir s'est révélée infondée.

Le domaine de l'intervention économique de l'État est particulièrement illustratif de promesses génératrices de fautes de nature à engager la responsabilité de l'administration. Sont ainsi assimilés à des promesses des encouragements précis donnés à une entreprise pour atteindre un objectif économique. Ne sont pas, en revanche, constitutifs d'engagements non tenus de simples intentions ou encouragements imprécis (CE, 15 juillet 1957, *Société de décorticage*, au rec. p. 485 ; CE sect., 16 novembre 1960, *Société d'exploitation des chantiers d'Ajaccio*, au rec. p. 621 ; CE, 23 mai 1986, *Etablissement public régional de Bretagne*, n° 45640). En effet, la responsabilité de l'auteur de la déclaration ne sera retenue que si elle a été suffisamment précise, que son destinataire a légitimement pu acquérir la conviction de sa portée et que le fait, pour son auteur, de se contredire a causé un préjudice au bénéficiaire de la déclaration. Le Conseil d'Etat a ainsi écarté toute indemnisation, faute de préjudice directement causé par une promesse non tenue, si par exemple aucune dépense n'avait été engagée « sur la foi de cette promesse » (cf. CE, 1er mars 2012, *SCI Stemo*, req. n° [346673](#)).

A fortiori, si de véritables engagements pris par l'administration à l'égard d'entreprises, dont elle cherche à orienter l'activité, ne sont finalement pas respectés, ces manquements constituent des fautes engageant sa responsabilité (CE, 25 juin 1954, *Otto*, au rec. p. 380) et pouvant donner lieu à indemnisation (CE 1er mars 2012, *SCI Stemo*, n° [346673](#)). À l'inverse, divers encouragements et une promesse de primes relatifs à un projet d'implantation, non accompagnés d'un engagement relatif à l'approbation de la vente des terrains nécessaires à sa réalisation, ne sauraient être regardés comme des promesses non tenues d'approuver cette vente (CE, 13 mars 1985, *Sté Barlocher-France-Production SARL*, n° [16173](#)).

De simples incitations économiques sans garantie financière n'en sont pas davantage, car l'administration conserve un pouvoir discrétionnaire en la matière (CE, 18 mai 1956, *Sté Léon Claeys*, aux tables du rec. p. 752). Il en est de même pour une simple proposition sur la possibilité de prévoir une réalisation s'insérant dans un projet de reconstruction d'un centre-ville, dès lors qu'elle ne comporte aucun engagement précis (CE, 16 octobre 1992, *SA Garage de Garches*, n° [95152](#)).

Enfin, si l'administration ne commet pas de faute en s'abstenant d'exécuter un engagement qui était illégal, elle en commet toutefois une en prenant cet engagement (v. par ex. CE sect., 24 avril 1964, *Sté des Huileries de Chauny*, au rec. p. 245, s'agissant de la garantie donnée à des industriels contre une éventuelle baisse des prix en vue de les inciter à acheter un produit au-delà de leurs besoins normaux).