

École de droit de la Sorbonne au Caire
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne – Université du Caire

DROIT ADMINISTRATIF – S2
2024-2025

Cours magistral de Béatrice GUILLAUMIN
Maître de conférences

FICHE 4 :

LA JUSTICIABILITÉ DES ACTES DE L'ADMINISTRATION

I. Les actes de gouvernement

DOCUMENT 1 : CE, Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens*

DOCUMENT 2 : TC, 18 mai 2015, *K. et autres*

DOCUMENT 3 : CE ord., 23 avril 2019, *Mme B. C.*

DOCUMENT 4 : CE, 3 oct. 2018, *Mechalikh*

DOCUMENT 5 : CEDH, 4 avril 2024, *Tamazount c./ France*

DOCUMENT 6 : Proposition de loi portant création d'un droit au recours juridictionnel à l'encontre des actes de Gouvernement au regard de la protection des droits fondamentaux, n° 2604, déposée le mardi 21 janvier 2020 sur le bureau de l'Assemblée nationale.

II. Le droit souple

DOCUMENT 7 : CE, Ass. 21 mars 2016, *Fairvesta International*

DOCUMENT 8 : CE, 19 juillet 2019, *Madame Le Pen*

DOCUMENT 9 : CE, Section 12 juin 2020, *GISTI*

DOCUMENT 10 : Ludovic BENEZECH, « Les actes de droit souple des autorités administratives, vers l'affermissement d'une portée normative », *RFDA*, 2024, p. 467.

Exercice à faire

Commentaire d'arrêt

DOCUMENT 7 : CE, Ass. 21 mars 2016, *Fairvesta International*

I. Les actes de gouvernement

DOCUMENT 1 : CE, Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens*

Considérant que, par décision en date du 23 avril 1961, prise après consultation officielle du Premier Ministre et des présidents des Assemblées et après avis du Conseil constitutionnel, le Président de la République a mis en application l'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958 ; que cette décision présente le caractère d'un acte de gouvernement dont il n'appartient au Conseil d'Etat ni d'apprécier la légalité, ni de contrôler la durée d'application ; que ladite décision a eu pour effet d'habiliter le Président de la République à prendre toutes les mesures exigées par les circonstances qui l'ont motivée et, notamment, à exercer dans les matières énumérées à l'article 34 de la Constitution le pouvoir législatif et dans les matières prévues à l'article 37 le pouvoir réglementaire.

Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, "la loi fixe les règles concernant ... la procédure pénale, ... la création de nouveaux ordres de juridiction" ; que la décision attaquée en date du 3 mai 1961, intervenue après consultation du Conseil constitutionnel, tend d'une part à instituer un tribunal militaire à compétence spéciale et à créer ainsi un ordre de juridiction au sens de l'article 34 précité, et, d'autre part, à fixer les règles de procédure pénale à suivre devant ce tribunal ; qu'il s'ensuit que ladite décision, qui porte sur des matières législatives et qui a été prise par le Président de la République pendant la période d'application des pouvoirs exceptionnels, présente le caractère d'un acte législatif dont il n'appartient pas au juge administratif de connaître ;

DÉCIDE :

Article 1er - Les requêtes susvisées n° 55049 et 55055 présentées par le sieur Rubin de I... et autres sont rejetées comme portées devant une juridiction incompétente pour en connaître.

Article 2 - Expédition de la présente décision sera transmise au Premier Ministre.

DOCUMENT 2 : TC, 18 mai 2015, *K. et autres*

Considérant que M. K. et autres ont présenté, en application de l'article 17 du décret du 26 octobre 1849 alors en vigueur, une requête, enregistrée le 19 novembre 2014, tendant à ce que le Tribunal des conflits déclare nulle et non avenue la décision du 26 novembre 2012 par laquelle le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, a notamment rejeté leur recours pour excès de pouvoir contre la décision implicite par laquelle le Premier ministre a refusé de déposer un projet de loi transposant la décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008, au motif qu'une telle décision touche aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels et échappe, par là-même, à la compétence de la juridiction administrative ; que la même requête tend aussi à ce que le Tribunal déclare nul et non avenue l'arrêt du 10 octobre 2013 par lequel la cour d'appel d'Aix-en-Provence a notamment jugé que la juridiction judiciaire était incompétente pour connaître d'une demande tendant à ce qu'il soit enjoint au Premier ministre de déposer un projet de loi et a refusé de renvoyer la question de compétence au Tribunal au motif que, eu égard à la jurisprudence constante du

Conseil d'Etat, « qui dénie sa compétence en matière d'actes pris par le Gouvernement dans ses rapports avec le Parlement », la juridiction administrative est, comme la juridiction judiciaire, incompétente pour connaître du litige ; que M. K. et autres soutiennent, à l'appui de cette requête, que la juridiction administrative et la juridiction judiciaire sont l'une et l'autre compétentes pour connaître du litige qui les oppose au Premier ministre ;

Considérant que M. K. et autres demandent au Tribunal, avant qu'il ne statue sur leur requête, la récusation de M. Arrighi de Casanova ; que cette demande est fondée sur la participation de l'intéressé, en qualité de président de la formation de jugement du Conseil d'Etat, à la décision, mentionnée ci-dessus, du 26 novembre 2012 ;

Considérant que la récusation d'un membre du Tribunal des conflits est prononcée s'il existe une raison sérieuse de mettre en doute son impartialité ; que tel est le cas pour un membre du Tribunal des conflits qui a participé à une décision qui a jugé que le litige, relatif à un acte d'une autorité administrative, ne relevait pas de la juridiction administrative au motif que l'acte en cause touchait aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels ou se rattachait directement aux rapports internationaux de la France ; qu'il y a donc lieu de faire droit à la demande de M. K. et autres ;

DOCUMENT 3 : CE ord., 23 avril 2019, *Mme B. C.*

La requête de Mme C...et de Mme D...a pour objet soit que l'Etat intervienne auprès d'autorités étrangères sur un territoire étranger afin d'organiser le rapatriement en France de ressortissants, soit qu'il s'efforce de prendre lui-même des mesures pour assurer leur retour à partir d'un territoire hors sa souveraineté. Les mesures ainsi demandées en vue d'un rapatriement, qui ne peut être rendu possible par la seule délivrance d'un titre leur permettant de franchir les frontières françaises, ainsi que cela a été demandé à l'audience, nécessiteraient l'engagement de négociations avec des autorités étrangères ou une intervention sur un territoire étranger. Elles ne sont pas détachables de la conduite des relations internationales de la France. En conséquence, une juridiction n'est pas compétente pour en connaître.

DOCUMENT 4 : CE, 3 oct. 2018, *Mechalikh*

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que M. A...C..., supplétif volontaire, chef de faction au 14^e régiment des chasseurs parachutistes, a combattu aux côtés de l'armée française en Algérie. Il a été fusillé le 20 octobre 1957 par des membres du Front de libération nationale. Sa famille a alors été regroupée à Kherba, sous protection de l'armée française. La mention honorifique " mort pour la France " lui a été attribuée à titre militaire le 6 juin 1968. L'un de ses fils, M. B...C..., né le 5 novembre 1957, qui est arrivé en France en 1980, a obtenu la nationalité française le 8 janvier 1996 et a été reconnu le 5 mai 2004 comme orphelin de guerre par l'Office national des anciens combattants et victimes de guerre, se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 6 octobre 2016 par lequel la cour administrative d'appel de Douai a rejeté son appel dirigé contre le jugement du 30 septembre 2014 du tribunal administratif de Rouen rejetant sa demande

d'indemnisation du préjudice moral qu'il estime avoir subi du fait de son abandon par la France après la signature des " accords d'Evian " du 18 mars 1962 et la proclamation du cessez-le-feu.

2. Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la cour administrative d'appel de Douai a considéré que l'Etat avait commis une faute de nature à engager sa responsabilité en ne mettant pas en oeuvre les mesures nécessaires pour accueillir en France les anciens supplétifs de l'armée française en Algérie et leurs familles et en les exposant ainsi à des risques de massacres ou de représailles, avant de rejeter les conclusions indemnitaires du requérant au motif que les mesures prises par la France à l'égard de ces anciens supplétifs devaient être regardées, dans leur ensemble, comme ayant permis, autant qu'il est possible, l'indemnisation des préjudices d'ordre matériel ou moral subis à ce titre.

3. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, à l'appui de sa demande de réparation, M. C...a mis en cause la responsabilité pour faute de l'Etat français. Il soutenait en effet qu'étaient fautifs, d'une part, le fait de n'avoir pas fait obstacle aux représailles et aux massacres dont les supplétifs de l'armée française en Algérie et leurs familles ont été victimes sur le territoire algérien, après le cessez-le-feu du 18 mars 1962 et la proclamation de l'indépendance de l'Algérie le 5 juillet 1962, en méconnaissance des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962, dites " accords d'Evian " et, d'autre part, le fait de n'avoir pas tenu la promesse d'organiser leur rapatriement en France. Cependant, les préjudices ainsi invoqués ne sont pas détachables de la conduite des relations entre la France et l'Algérie et ne sauraient par suite engager la responsabilité de l'Etat sur le fondement de la faute. Il suit de là que la cour administrative d'appel de Douai a entaché son arrêt d'erreur de droit en ne relevant pas d'office l'incompétence de la juridiction administrative pour connaître des conclusions dont elle était saisie. Il en résulte que l'arrêt du 6 octobre 2016 doit être annulé, sans qu'il soit besoin d'examiner les moyens du pourvoi.

DOCUMENT 5 : CEDH, 4 avril 2024, *Tamazount c./ France*

107. En l'espèce, les requérants réclamaient, devant les juridictions administratives, une réparation des préjudices qu'ils estimaient avoir subis sur le fondement de la responsabilité pour faute de l'Etat. La Cour note qu'en droit français, en vertu d'une jurisprudence bien établie du Conseil d'Etat, la responsabilité de l'Etat peut être engagée sur ce fondement et le droit à réparation des préjudices est reconnu si les conditions d'engagement de cette responsabilité sont réunies (paragraphe 80 et 81 ci-dessus).

108. La Cour relève également que la doctrine des actes de gouvernement, par laquelle le juge limite lui-même sa propre compétence, est appliquée de longue date par les juridictions administratives françaises. Il ressort toutefois de la jurisprudence interne qu'il n'existe pas de définition précise des actes de gouvernement et que cette doctrine peut évoluer avec le temps. La Cour renvoie à cet égard aux conclusions de la rapporteure publique sur les présentes affaires et aux développements jurisprudentiels exposés plus haut (paragraphe 38 et 84 à 86 ci-dessus).

[...]

113. La Cour examinera si cette restriction était justifiée, c'est-à-dire si elle poursuivait un but légitime et était proportionnée à ce but.

114. A l'instar du Gouvernement, la Cour considère que la restriction contestée visait un but légitime, en l'occurrence la préservation de la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire, et par là même l'absence de remise en cause par le juge de décisions d'ordre diplomatique et militaire dans le contexte des relations entre la France et l'Algérie après les accords d'Evian.

[...]

116. Concernant la question de savoir si la restriction était proportionnée au but poursuivi, la Cour relève, en premier lieu, qu'en dépit de l'absence de critères permettant de définir de façon générale l'acte de gouvernement, la doctrine des actes de gouvernement fait l'objet d'une interprétation étroite de la part des juridictions administratives qui ont développé la notion d'acte détachable de la conduite des relations diplomatiques ou extérieures de l'Etat (paragraphe 86 ci-dessus). Il résulte ainsi de la jurisprudence interne que le recours à cette notion a permis de réduire la liste des actes de gouvernement dans le domaine international, si bien que l'incompétence du juge dans ce domaine n'est pas générale.

[...]

120. Ainsi, s'agissant de décisions de nature politique relatives à la conduite des relations diplomatiques ou internationales, mettant notamment en cause l'engagement de forces militaires, la Cour ne voit aucune raison de substituer sa propre appréciation à celle du Conseil d'Etat quant à l'interprétation du droit interne, ou de dire que la position de celui-ci était arbitraire ou manifestement déraisonnable.

127. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention

[...]

DOCUMENT 6 : Proposition de loi portant création d'un droit au recours juridictionnel à l'encontre des actes de Gouvernement au regard de la protection des droits fondamentaux, n° 2604, déposée le mardi 21 janvier 2020 sur le bureau de l'Assemblée nationale.

Article unique

Après l'article L. 311-5 du code de justice administrative, il est inséré un article L. 311-5-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 311-5-1. - Le Conseil d'État est compétent pour connaître, en premier et dernier ressort, des recours dirigés contre tous les actes pris par le Gouvernement ou le Président de la République

se rattachant à la conduite des relations diplomatiques ou internationales et ayant une incidence sur la situation de leurs destinataires au regard de la protection des droits fondamentaux reconnus par la Constitution, la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, les traités internationaux et tout accord ou convention ratifié par l'État. »

II. Le droit souple

DOCUMENT 7 : CE, Ass. 21 mars 2016, *Fairvesta International*

Considérant 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 revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance ; que ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, 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 ; que, dans ce dernier cas, il appartient au juge, saisi de moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation ; qu'il lui appartient également, si des conclusions lui sont présentées à cette fin, de faire usage des pouvoirs d'injonction qu'il tient du titre Ier du livre IX du code de justice administrative ;

Considérant que les communiqués attaqués ont été émis par l'Autorité des marchés financiers dans le cadre de sa mission de protection de l'épargne investie dans les placements offerts au public ; qu'ils sont destinés aux investisseurs et ont pour objet de les mettre en garde contre les conditions dans lesquelles sont commercialisés plusieurs produits de placement, précisément identifiés, offerts au public par la société Fairvesta International GmbH et de leur adresser des recommandations de vigilance ; qu'ils ont été publiés sur le site internet de l'Autorité des marchés financiers, ont connu une large diffusion et sont depuis lors restés accessibles sur ce site ; que la société Fairvesta International GmbH fait valoir des éléments sérieux attestant que la publication de ces communiqués a eu pour conséquence une diminution brutale des souscriptions des produits de placement qu'elle commercialisait en France ; qu'ainsi, les communiqués contestés doivent être regardés comme étant de nature à produire des effets économiques notables et comme ayant pour objet de conduire des investisseurs à modifier de manière significative leur comportement vis-à-vis des produits qu'ils désignent ; que, dans les circonstances de l'espèce, ces communiqués, qui font référence à " la société Fairvesta " doivent être regardés comme faisant grief à la société Fairvesta International GmbH et aux sociétés Fairvesta Europe AG, Fairvesta Europe AG II et Fairvesta Vermögensverwaltung International AG, filiales du groupe Fairvesta, qui sont recevables à en demander l'annulation ; que, par suite, la fin de non-recevoir soulevée par l'Autorité des marchés financiers doit être écartée.

1. Il ressort des pièces du dossier que le 28 juillet 2017, Mme Le Pen, élue députée du Pas-de-Calais le 18 juin 2017, a adressé, en application de l'article LO 135-1 du code électoral, sa déclaration de situation patrimoniale à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique. Par une délibération n° 2018-145 en date du 12 septembre 2018, la Haute autorité a estimé que cette déclaration ne pouvait être considérée comme exhaustive, exacte et sincère et a invité Mme Le Pen à faire valoir ses observations. Après les avoir recueillies et en avoir à nouveau délibéré, la Haute autorité a décidé, par sa délibération n° 2018-168 du 24 octobre 2018, d'assortir la publication de la déclaration de situation patrimoniale de la députée d'une appréciation constatant l'existence de manquements portant atteinte au caractère exhaustif, exact et sincère de la déclaration. Mme Le Pen demande l'annulation pour excès de pouvoir de cette délibération.

Sur le cadre juridique du litige :

2. L'article LO 135-1 du code électoral dispose que : « I. – Dans les deux mois qui suivent son entrée en fonction, le député adresse personnellement au président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique une déclaration exhaustive, exacte, sincère et certifiée sur l'honneur de sa situation patrimoniale concernant la totalité de ses biens propres ainsi que, le cas échéant, ceux de la communauté ou les biens indivis. Ces biens sont évalués à la date du fait générateur de la déclaration comme en matière de droits de mutation à titre gratuit. [...] Le fait pour un député d'omettre de déclarer une partie substantielle de son patrimoine [...] ou de fournir une évaluation mensongère de son patrimoine est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Peuvent être prononcées, à titre complémentaire, l'interdiction des droits civiques selon les modalités prévues aux articles 131-26 et 131-26-1 du code pénal, ainsi que l'interdiction d'exercer une fonction publique selon les modalités prévues à l'article 131-27 du même code. ». L'article LO 135-2 du même code prévoit que : « Les déclarations de situation patrimoniale peuvent, avant d'être rendues publiques dans les limites définies au III du présent article, être assorties de toute appréciation de la Haute Autorité qu'elle estime utile quant à leur exhaustivité, leur exactitude et leur sincérité, après avoir mis le député concerné à même de présenter ses observations » et précise que ces déclarations « sont, aux seules fins de consultation, tenues à la disposition des électeurs inscrits sur les listes électorales » en préfecture. Aux termes de l'article LO 135-5 de ce code : « Dans tous les cas où elle a relevé, après que le député a été mis en mesure de produire ses observations, un manquement à l'une des obligations prévues aux articles LO 135-1 et LO 135-4 [...], la Haute Autorité transmet le dossier au parquet ». Aux termes de l'article LO 135-6 de ce code : « Lorsqu'elle constate un manquement aux obligations prévues aux articles LO 135-1 et LO 135-4, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique saisit le bureau de l'Assemblée nationale ».

3. Il résulte de ces dispositions que pour renforcer la transparence de la vie publique ainsi que les garanties de probité et d'intégrité exigées des élus, le législateur organique a notamment chargé la Haute autorité pour la transparence de la vie publique d'apprécier l'exhaustivité, l'exactitude et la sincérité de la déclaration de situation patrimoniale que chaque député est tenu de lui adresser après

son entrée en fonction. Dans le cadre de cette mission, la Haute autorité dispose de la faculté d'assortir la déclaration qu'elle rend publique d'une appréciation quant à son exhaustivité, son exactitude et sa sincérité. Si le législateur organique a entendu que le bureau de l'Assemblée Nationale connaisse de tout manquement qu'elle a constaté, afin de pouvoir lui réserver les suites qu'il estime appropriées en matière déontologique et disciplinaire, les règles qu'il a posées en ce qui concerne la transmission du dossier au parquet n'imposent à la Haute autorité d'y procéder, eu égard aux finalités d'une telle transmission, que lorsqu'elle estime qu'il est suffisamment caractérisé que le manquement qu'elle a constaté procède d'une omission substantielle ou d'une évaluation mensongère.

Sur la fin de non-recevoir opposée par la Haute autorité pour la transparence de la vie publique :

4. L'appréciation dont la Haute autorité pour la transparence de la vie publique estime utile d'assortir la déclaration de situation patrimoniale d'un député constitue une prise de position quant au respect de l'obligation d'exhaustivité, d'exactitude et de sincérité qui pèse sur l'auteur de cette déclaration. Alors même qu'elle est dépourvue d'effets juridiques, cette prise de position d'une autorité administrative, qui est rendue publique avec la déclaration de situation patrimoniale sur le fondement de l'article LO 135-2 du code électoral précité, 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. Dans ces conditions, une telle prise de position doit être regardée comme faisant grief au député dont la déclaration de situation patrimoniale fait l'objet de l'appréciation ainsi rendue publique. Il s'ensuit que Mme Le Pen est recevable à demander l'annulation de la délibération du 24 octobre 2018 relative à sa déclaration de situation patrimoniale. La fin de non-recevoir soulevée par la Haute autorité pour la transparence de la vie publique doit donc être écartée. (...)

DOCUMENT 9 : CE, Section 12 juin 2020, *GISTI*

[...] Considérant ce qui suit :

1. Les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déferés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils 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. Ont notamment de tels effets ceux de ces documents qui ont un caractère impératif ou présentent le caractère de lignes directrices.

2. Il appartient au juge d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité du document en tenant compte de la nature et des caractéristiques de celui-ci ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité dont il émane. Le recours formé à son encontre doit être accueilli notamment s'il fixe une règle nouvelle entachée d'incompétence, si l'interprétation du droit positif qu'il comporte

en méconnaît le sens et la portée ou s'il est pris en vue de la mise en œuvre d'une règle contraire à une norme juridique supérieure.

3. La " note d'actualité " contestée, du 1er décembre 2017, émanant de la division de l'expertise en fraude documentaire et à l'identité de la direction centrale de la police aux frontières, vise à diffuser une information relative à l'existence d'une " fraude documentaire généralisée en Guinée (Conakry) sur les actes d'état civil et les jugements supplétifs " et préconise en conséquence, en particulier aux agents devant se prononcer sur la validité d'actes d'état civil étrangers, de formuler un avis défavorable pour toute analyse d'un acte de naissance guinéen. Eu égard aux effets notables qu'elle est susceptible d'emporter sur la situation des ressortissants guinéens dans leurs relations avec l'administration française, cette note peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, contrairement à ce que soutient le ministre de l'Intérieur.

4. En premier lieu et en tout état de cause, la note contestée entre dans les attributions de la division de l'expertise en fraude documentaire et à l'identité dont elle émane. Et, dès lors qu'elle ne revêt pas le caractère d'une décision, le moyen tiré de ce qu'elle méconnaîtrait les dispositions de l'article L. 212-1 du code des relations entre le public et l'administration, relatives à la signature des décisions et aux mentions relatives à leur auteur ne peut qu'être écarté.

5. En second lieu, l'article 47 du code civil dispose que : " Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ". La note contestée préconise l'émission d'un avis défavorable pour toute analyse d'acte de naissance guinéen et en suggère à ses destinataires la formulation. Elle ne saurait toutefois être regardée comme interdisant à ceux-ci comme aux autres autorités administratives compétentes de procéder, comme elles y sont tenues, à l'examen au cas par cas des demandes émanant de ressortissants guinéens et d'y faire droit, le cas échéant, au regard des différentes pièces produites à leur soutien. Le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article 47 du code civil doit donc être écarté.

6. Il résulte de ce qui précède que le GISTI n'est pas fondé à demander l'annulation du document qu'il attaque. Les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative doivent par suite être rejetées.

DE C I D E :

Article 1er : La requête du Groupe d'information et de soutien des immigré.e.s est rejetée.

Article 2 : La présente décision sera notifiée au Groupe d'information et de soutien aux immigré.e.s et au ministre de l'intérieur.

DOCUMENT 10 : Ludovic BENEZECH, « Les actes de droit souple des autorités administratives, vers l'affermissement d'une portée normative », *RFDA*, 2024, p. 467.

La montée en puissance du droit souple tant en droit interne qu'en droit international et européen n'est pas un simple effet de mode. Le succès fulgurant de cette « normativité alternative », de cette « révolution juridique et conceptuelle » est à l'image des exigences et des attentes de la société démocratique contemporaine. Cette « nouvelle conception de la normativité, non plus descendante, mais ascendante » doit être prise au sérieux. À cet égard, le droit souple répond parfaitement aux nécessités de dépasser le processus traditionnel de formation de la règle de droit caractérisé par sa dimension verticale, centralisée, pour ne pas dire étatique. Il incarne par ailleurs l'exigence d'efficacité qui pèse sur les autorités administratives. Alors que le temps du droit traditionnel est un temps long marqué par la discussion, la délibération, la consultation, la publication voire la contestation, le droit souple est débarrassé de la plupart de ces contraintes et peut être produit en masse, immédiatement, dans une texture concrète (tels des logos, schémas, communiqués). Droit diffus, décentralisé, le droit souple redessine les frontières de la normativité et par conséquent celles de l'office du juge.

En outre et dans la droite ligne du leitmotiv porté par le droit européen des droits fondamentaux en particulier, le droit souple est intimement lié au réel, à la factualité et aux nécessités imminentes du moment. En ouvrant son prétoire aux actes de droit souple, le juge administratif est réputé pleinement s'inscrire dans la modernité juridique. Les motifs profonds qui ont justifié un tel changement de paradigme contentieux sont réputés parfaitement en phase avec les exigences des sociétés démocratiques contemporaines. Fondamentalement et pour parodier le langage de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), le Conseil d'État s'est moins positionné dans l'univers normatif que dans le champ factuel, et a été plus sensible aux garanties non pas « théoriques ou illusoire », mais bien « concrètes et effectives ». Cette prise en considération grandissante des exigences non seulement normatives, mais surtout concrètes et réelles est présentée comme un signe de la modernité des sociétés démocratiques arrivées à maturité. Au regard des critères classiques de recevabilité du recours pour excès de pouvoir (REP), si le juge s'en était tenu dans l'affaire *Fairvesta* à une approche traditionnelle de la normativité, il n'aurait pas eu d'autre choix que de rejeter l'ensemble de ces recours, en l'absence stricto sensu de décision administrative, c'est-à-dire en l'absence de norme juridique modifiant les normes préexistantes. Les critères classiques de recevabilité ne pouvaient ainsi être utilisés en l'espèce sous peine de dévoyer les règles que le juge avait lui-même posées. Ce n'est donc pas dans le champ du droit, mais bien dans l'univers du fait que le Conseil d'État est venu trouver le fondement et la justification de l'ouverture des recours contre les actes de droit souple. La lecture des conclusions du rapporteur public sur l'affaire *GISTI* est à bien des égards éclairante. En effet le rapporteur exprime parfaitement que l'exclusion d'office du prétoire des normes de droit souple conduit à refuser d'exercer un contrôle sur un « acte qui a vocation de servir de référence à l'administration dans l'exercice de ses compétences » et qui va fonder « non pas vraiment en droit, mais en pratique bien réellement » des décisions administratives.

Ce n'est pas la première fois que le Conseil d'État s'inscrit dans une lecture pragmatique et téléologique de l'action administrative afin de justifier l'ouverture de son prétoire. Avec les célèbres

arrêts Hardouin et Marie, le juge administratif s'est intéressé à la « nature et à la gravité » de la mesure de punition de cellule ou encore aux « effets directs sur la liberté d'aller et venir du militaire » d'une décision de punition d'arrêts ainsi qu'à ses « conséquences sur l'avancement ou le renouvellement des contrats d'engagement ». C'est donc bien au regard de leur portée et de leurs effets que de telles mesures sont considérées comme faisant grief et donc susceptibles de faire l'objet d'un recours. Il faut néanmoins relever une différence fondamentale entre le contentieux du droit souple et celui des mesures d'ordre intérieur : alors que pour le premier il n'y a pas d'acte décisoire préalable, mais seulement un acte qui peut faire grief, le second n'a jamais dénié un caractère décisoire aux mesures d'ordre intérieur, mais seulement leur incapacité de principe à faire grief. En ce sens, la réduction du champ d'application des mesures d'ordre intérieur ne constitue pas un renversement de la normativité administrative, le caractère décisoire restant indépassable. Ainsi, avec les arrêts de 2016 et de 2020, le Conseil d'État prolonge la logique des arrêts Hardouin et Marie tout en la dépassant fondamentalement : la décision administration n'est plus la clef de voûte exclusive autour de laquelle se charpente l'action administrative.

Près de dix ans après la publication de l'étude annuelle du Conseil d'État consacrée au droit souple, de nombreuses déclinaisons contentieuses de cette nouvelle normativité ont vu le jour. Les arrêts Fairvesta et Numéricable rendus par le Conseil d'État en 2016 marquent incontestablement le début d'un changement de paradigme. L'ouverture du recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'actes qualifiés de droit souple est bel et bien une petite révolution. Jusqu'à présent seule une décision administrative, c'est-à-dire une norme juridique modifiant de manière impérative l'ordonnement juridique et faisant grief, c'est-à-dire affectant la situation de l'intéressé, pouvait être contestée devant le juge de l'excès de pouvoir et le cas échéant annulée en application du principe de légalité. La définition bien connue du recours pour excès de pouvoir permet d'en saisir toute la portée. En effet, le recours pour excès de pouvoir est un recours contentieux « tendant à l'annulation d'une décision administrative et fondé sur la violation par cette décision d'une règle de droit ». En vertu du principe de légalité, ce recours « est ouvert même sans texte contre tout acte administratif » « et a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité ».

L'objectif de ce recours est donc fondamentalement de veiller à ce que les normes produites par l'administration respectent l'ensemble des normes supérieures. Par conséquent, et c'est là l'un des aspects essentiels de cette nouvelle ère jurisprudentielle, l'ouverture du REP contre les actes de droit souple ramène au sein de la normativité contentieuse des actes qui par définition n'en relevaient pas. En effet, le droit souple se définit traditionnellement au regard des trois critères dégagés par le Conseil d'État en 2013 : il s'agit de mesures visant à « modifier ou orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion », ne créant pas par elles-mêmes « de droits ou d'obligations pour leurs destinataires » et présentant, par leur contenu et leur mode d'élaboration, « un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit ». Ainsi, les avis, les recommandations, les lignes directrices et plus généralement tous les documents de type incitatif n'affectent pas, stricto sensu, l'ordonnement juridique et ne peuvent donc être considérés comme d'authentiques normes juridiques à l'instar des décisions administratives. Les actes de droit souple peuvent aisément être qualifiés de normes, en ce qu'ils ambitionnent (et parviennent bien souvent) à influencer ou modifier les comportements

de leurs destinataires. En revanche, il est établi que les normes de droit souple ne sont pas des normes juridiques dans le sens où, n'étant pas obligatoires, elles ne modifient pas l'ordonnement juridique.

L'exigence de la normativité juridique, au sens strict, n'est donc plus une condition nécessaire pour accéder au prétoire. Depuis les arrêts *Fairvesta* et *Numéricable*, le Conseil d'État a bel et bien procédé à une dissociation entre les actes pouvant faire l'objet d'un recours et les actes ayant un caractère décisif, c'est-à-dire modifiant l'ordre juridique. Cet élargissement de l'accès au prétoire traduit à première vue un approfondissement de l'État de droit, l'objectif étant notamment d'assurer à l'administré et au justiciable une garantie juridictionnelle contre l'émergence d'un nouveau pouvoir des autorités administratives. Cette nouvelle déclinaison du pouvoir des autorités administratives devait donc logiquement s'accompagner d'un nouveau contrôle. À ce titre, le contrôle juridictionnel apparaît comme une garantie ultime. La libéralisation de l'accès au prétoire est un signe de vitalité et d'effectivité de la protection, le requérant ne pouvant rien espérer de plus que de pouvoir contester, par un REP, l'action de l'administration. Pour le juriste acclimaté aux exigences de la société démocratique et du contrôle de légalité, associer l'ouverture d'un nouveau recours au renforcement des garanties de l'État de droit relève presque de l'évidence. L'accès au juge est en effet instinctivement perçu comme une garantie, en tant que telle, permettant d'assurer le « droit au droit » par le truchement du droit au juge. Il en va de l'existence même d'un État de droit, lequel suppose que le pouvoir ne s'exerce que dans les limites du droit et sous le regard du juge. Dans ce sillage conceptuel, la doctrine a donc immédiatement perçu l'intérêt de cette nouvelle voie de droit offrant désormais la possibilité au juge administratif du fond d'expurger de l'ordre juridique des actes de droit souple illégaux.

Cette lecture a été largement relevée et analysée par la doctrine qui s'est rapidement saisie de ce « séisme contentieux ». L'une des questions qui se posent fréquemment est de se demander à qui profitent réellement ces évolutions normatives et contentieuses. Faut-il y voir un réel progrès, dans le sens d'un approfondissement de l'État de droit et de la société démocratique en faveur du justiciable ou plus généralement de l'administré ? De telles évolutions ne profiteraient-elles pas davantage à la figure du juge et plus encore in fine aux autorités administratives et à l'administration plus généralement ? S'il n'est pas aisé de répondre de manière définitive à ces questions, des éléments peuvent être avancés pour relativiser, sans toutefois récuser, l'engouement de ce nouveau contentieux dont toutes les déclinaisons n'ont pas encore été dévoilées. En effet, traditionnellement, le libéralisme de l'accès au prétoire dont le juge a toujours su faire preuve depuis plus d'un siècle a systématiquement été associé à une nouvelle conquête de l'État de droit au profit de l'administré. Toutefois, il n'est pas certain que l'ouverture récente du REP contre les actes de droit souple s'inscrive précisément dans cette lignée conceptuelle. Avant même de bénéficier aux justiciables, ce nouveau recours contre les actes de droit souple entérine et consacre une palette de nouveaux pouvoirs qui profite en premier lieu et avant tout à l'administration. L'extension apparente - et au demeurant incontestable - des garanties promises par cet élargissement du REP dissimule ainsi à peine tant le renforcement du pouvoir juridictionnel que le renouvellement profond et considérable du pouvoir administratif.