

|                                |                                                       |                                   |
|--------------------------------|-------------------------------------------------------|-----------------------------------|
| N° anonymat :<br><b>002167</b> | SESSION : <u>2012</u><br>ÉPREUVE : <u>Composition</u> | Nombre d'intercalaires : <u>2</u> |
|--------------------------------|-------------------------------------------------------|-----------------------------------|

|                   |                                                     |
|-------------------|-----------------------------------------------------|
| Note sur 20 :     | <u>Le recours pour excès de pouvoir aujourd'hui</u> |
| Coefficient :     |                                                     |
| Note définitive : |                                                     |

Ne rien inscrire dans cet emplacement

Dans sa note au Sirey en 1912 sous l'arrêt Bourruge, le doyen Maurice Hauriou semblait signer l'raison funèbre du recours pour excès de pouvoir, "étoile brillante toujours de tous ses feux et que nous admirons encore (...), mais qui n'est plus qu'une pièce de musée, merveille de l'archéologie juridique". Plus récemment, le Président Bernard pouvait-il s'interroger dans l'Actualité Juridique du Droit Administratif (AJDA) en 1995: "le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort?".

Ainsi la pérennité et l'avenir de ce recours fait contre un acte administratif au nom du principe de légalité ont-ils été régulièrement questionnés. D'abord jugé, par la doctrine, peu efficace et éloigné des préoccupations concrètes des justiciables, le recours pour excès de pouvoir (REP ci-après) a progressivement évolué, avec l'effie du juge administratif, vers une justice plus soucieuse de sa réception effective dans le corps social, loin de la "justice de salon" que pouvaient saillir Jean Rivero et Marcel Waline.

De manière plus profonde et plus structurée, un certain nombre de facteurs sont venus bouleverser l'économie générale des recours devant la justice administrative. De fait, la recrudescence des droits subjectifs, non sans lien avec l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, et le souci de mieux connaître principe de légalité et sécurité juridique ont conduit au développement des recours de plein contentieux. S'affranchissant de l'étroite alternative du rejet et de l'annulation de l'acte déféré devant lui, le juge substitue dans ce cadre sa propre appréciation à celle de l'administration et règle ainsi, complètement et efficacement, le litige.

Aussi, face à ces nouvelles évolutions, l'état de REP pâlit-il encore? A n'en pas douter les observations les plus alarmistes pouvaient bien être contredites par les aménagements à l'œuvre, comme le furent leurs illustres prédécesseurs. En effet, le REP est toujours "l'arme la plus pratique, la plus efficace et la plus économique qui existe au monde pour défendre la liberté" (Gaston Jèze).

Construction ancienne du droit public français critiquée pour son caractère abstrait et platique, le recours pour excès de pouvoir a été renouvelé, tant par le juge que par le législateur, pour protéger plus efficacement les droits et libertés des justiciables (I). Toutefois, "l'état montante" du recours de plein contentieux a pu sembler

éclipses le REP, même si ce dernier disparaît mais qu'il ne s'hybride avec le plein contentieux, dans un sens de pragmatisme (II),

\*

\*

\*

I. Construction ancienne du droit public véritablement critiquée pour ses effets trop platoniques pour la justice, le REP a progressivement évolué dans le sens d'une meilleure protection des libertés.

A. le REP s'est historiquement construit avec la justice administrative et cessa de manière très avérée

Construction patrimoniale à l'origine (CE, 1828, Duchâtelet), l'histoire du REP se confond avec celle de la justice administrative. Le décret de 1864 en donne les premières bases avant que le recours ne soit finalement consacré par la voie législative par la loi du 24 mai 1872 et le passage d'une justice retenue à une justice déléguée. À noter aussi l'abandon par l'art 64 du Constitutionnel de 1875, de la théorie du ministre-juge, qui donne dès lors au juge administratif la compétence de droit commun pour connaître des recours contre des actes administratifs. Force est d'ailleurs de constater que le Conseil constitutionnel reconnaît l'existence de la juridiction administrative et sa compétence en matière d'annulation des actes de puissance publique en tirant de la loi du 24

mai 872 un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Le REP est donc étroitement lié à l'évolution de la justice administrative.

D'après la définition et la typologie classique des recours administratifs proposées par le doyen Hauriou, le recours pour excès de pouvoir est un procès fait à un acte. L'individu, se faisant en quelque sorte "procureur du droit", défie le juge administratif l'acte jugé illégal (R. Chapus) afin de faire respecter le principe de légalité. En faisant, il agit non seulement pour lui-même mais aussi pour l'ensemble des membres de la société. La différence est donc bien nette avec le recours de plein contentieux qui vise à faire reconnaître devant le juge l'existence de droits subjectifs lésés.

De plus, le REP est un recours gratuit (notamment depuis la fin du droit de timbre en 1954), peu formaliste (la requête peut prendre la forme d'une simple lettre en français - voir sur ce point : CE, 1985, Guillemin - et exposer l'objet et les moyens au soutien de la requête) et largement ouvert aux justiciables. Pour que l'on exerce un REP, le justiciable doit en effet justifier d'un intérêt à agir lui donnant qualité pour agir. Cette condition est généralement entendue assez largement par le juge (CE, 1901, Casanova par un contribuable, CE, 1902, Commune de Nîmes, les Buis, CE, 1906, Syndicat de patrons coiffeurs de Limoges). En outre, le Conseil d'Etat a reconnu l'existence d'un principe général de droit au recours pour excès de pouvoir ouvert même sans texte (CE, 1950, Deau Lamotte). Compte tenu de ce caractère très ouvert (même un grief éventuel pouvant dans certains cas justifier le REP, CE 1971 Damagob) et peu formaliste, Gaston Jèze pouvait affirmer que le recours pour excès de pouvoir est l'arme la plus efficace, la plus pratique et la plus économique qui existe au monde pour défendre la liberté.

Néanmoins le caractère efficace du REP a longtemps été contesté par la doctrine et les justiciables.

\*

B. Face aux critiques tenant au caractère trop abstrait du contrôle de légalité et aux incertitudes sur les suites des décisions de la justice administrative, le juge de l'exercice de pouvoir a vu son office se transformer dans le sens d'une plus grande efficacité de son contrôle.

Longtemps la justice administrative a pu prêter le flanc à la critique de la doctrine en n'accordant que trop peu d'importance aux conséquences pratiques des décisions qu'elle rendait pour les justiciables. Joueuse avant tout de faire respecter le principe de légalité, elle ne s'attachait pas toujours à veiller à ce que l'administration mette en œuvre toutes diligences utiles pour se conformer à la décision du juge. Ainsi l'annulation d'une nomination d'agent en principe conduisait l'administration à reconstituer le service des agents du même niveau d'avancement (la précédente décision, annulée étant réputée n'être jamais intervenue), comme l'a jugé le Conseil d'État dans l'arrêt Robineau de 1925.

Dans son article Un Huron au Palais Royal (Jallat, 1962), Jean Rivero relève, sur le mode de la parabole, le caractère platique et trop abstrait des décisions de ce qu'il nomme une "justice de salon", trop lente et trop éloignée des préoccupations immédiates des justiciables. Ceux-ci apparaissent démunis, à maints égards, face à l'administration,

sait que la décision arrive trop tard (CE, 1933, Benjamin),  
 soit que l'administration fasse preuve de négligence, de  
 mauvais foi dans l'application de la décision.

Face à ces critiques récurrentes, des réponses ont été  
 apportées pour veiller au respect par l'administration des  
 décisions du juge de l'exercice de pouvoir. L'introduction  
 d'un pouvoir d'astreinte (loi du 16 juillet 1980) et d'un  
 pouvoir d'injonction (loi du 8 février 1995) constituent, à cet  
 égard, deux apports importants. En rupture avec la  
 jurisprudence Ellissenda de 1976 du Conseil d'État, le juge  
 administratif peut désormais, s'il est saisi de conclusions en ce  
 sens au nom d'office, adresser des injonctions (CE, 1985, Monneret)  
 à l'administration, le cas échéant assorties d'une astreinte,  
 à titre préventif ou curatif (dans le cadre de la procédure  
 d'aide à l'exécution des décisions juridictionnelles, déconcentrée au  
 niveau de chaque juridiction par le décret de septembre 1988).  
 Atteste de l'efficacité de ces procédures la faible proportion de  
 difficultés d'exécution des décisions du juge du REP sur l'imm.  
 - les jugements rendus annuellement.

Par ailleurs, si par Marcel Laroche une "justice lente  
 et une mauvaise justice", les réformes entreprises face à  
 la multiplication des contentieux administratifs (+61% par an depuis  
 40 ans) ont permis de conjurer ces craintes, et partant, de  
 renforcer l'efficacité et l'attractivité du recours par excès de pouvoir.  
 La création des Cours administratives d'appel (loi 31 décembre 1987)  
 l'effet de recentrement du magistrat administratif ces dernières années,  
 l'instauration de nouveaux outils (comme SAGACE) et l'expérimentation  
 de nouvelles méthodes (calendarisation de l'instruction par exemple ou la perspective  
 de faire évoluer les conditions dans lesquelles le rapporteur public est amené à  
 proposer ou pas ses conclusions - décret du 22 février 2010 -) ont participé  
 de la réduction des délais de jugement à 9 mois devant le Conseil

d'état, 11 mai environ devant le Tribunal administratif et on a devant le Cms en 2010.

Avant le REP, modernisé et plus en phase avec les attentes des justiciables, n'a-t-il pas été rangé au rang des antiquités juridiques. Néanmoins, certaines observations de la doctrine ont pu questionner sa pertinence dans un contexte marqué par la prégnance de droits subjectifs.

\*

\*

\*

II. L'étale montante du recours de plein contentieux a pu sembler éclipser ou menacer le REP, compte tenu de la subjectivisation du droit. Toutefois, le recours par excès de pouvoir, s'il pâtit, ne disparaît pas et s'adapte, voire s'hybride, dans un sens de pragmatisme juridique.

A. Sous l'influence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, l'essor du recours de plein contentieux a fait resurgir l'idée de la fin du REP.

Enfin est à constater un mouvement de subjectivisation du droit (Droit et passion du droit, J. Carbonnier). L'influence de la CEDH et de sa jurisprudence

et ici prépondérante et s'ajoute au besoin de reconnaissance des droits subjectifs des particuliers. Par ailleurs, les principes de la CEDH, et notamment ceux concernant le procès équitable (article 6 § 1), interprétés par la jurisprudence, invitent à ce que le juge interne du droit commun puisse régler complètement le litige en allant à la garantie des droits fondamentaux. A cet égard, le recours de plein contentieux paraît le plus en phase dans la mesure où le juge, se contentant plus d'annuler l'acte (ou de rejeter la requête) au nom du principe de légalité, peut substituer son appréciation à celle de l'administration, réglant le litige complètement. Cela constitue d'ailleurs un gain de temps pour le justiciable en lui évitant une nouvelle procédure administrative. La Cour de Strasbourg a jugé que le délai d'exécution d'une décision faisant partie intégrante du délai de jugement (CEDH, 1997, *Hornberg c/ Grèce*). Le développement du recours de plein contentieux (RPC ci-après) accompagne donc la mise en œuvre du principe de délai raisonnable de jugement.

Si certains contentieux sont de longue date des recours de plein contentieux (en matière fiscale et en matière de police des installations classées par exemple) on constate que récemment, quand il s'est agi de choisir entre RPP et RFP, le premier a été majoritairement privilégié (exemple du recours DALO mis en place par la loi de 2007, ou encore en matière contractuelle avec l'ouverture d'un recours de plein contentieux avant contrat à tout moment évincé de sa conclusion : Cf 16 juillet 2007, *Tropi Travamps*). C'est pourquoi les responsables de l'Article de documentation du Conseil d'Etat (Sophie Lieger et Damien Bolleggi) reprenaient les propos de Marcia Kerrin en le paraphrasant dans l'AJDA (2010) : "l'état du RFP palier de recours ?".

002167

\*

B. Utile à l'effacement par défendre les libertés, le REP évolue dans un sens de pragmatisme juridique, au point que certains observateurs ont pu parler d'hybridation avec le RPC.

D'une part, le juge de l'excès de pouvoir a étendu considérablement son contrôle à des actes ne faisant pas strictement grief. Il a ainsi réduit le nombre de mesures d'ordre intérieur (CE, 1995, Hardouin et Marie). En particulier en matière pénitentiaire, sous l'influence en partie de la CEDH (CEDH, 2003, Ramirez Sanchez et CEDH 2005 Fauré c/ France), le juge administratif a accordé une présomption insurmontable de justiciabilité à, notamment, une décision de renfermement d'un détenu en cours sa mise à l'isolement (CE 14 décembre 2007 Payet, Boussovan). Cet exemple atteste du renforcement de la protection des droits et libertés par le juge de l'excès de pouvoir, d'autant que celui-ci n'admet qu'exceptionnellement l'invocation par l'administration de "circonstances exceptionnelles" pouvant modifier, par exemple, certaines règles procédurales et de compétence (CE, 1914, Negrier ; CE, 1969, CCi de Saint-Etienne).

D'autre part, cet approfondissement du contrôle s'est accompagné à la fois d'un plus grand pragmatisme juridique dans l'application du principe de légalité et d'un effort de pédagogie pour préciser la portée des motifs et des points de décisions rendus. Ces deux éléments ne sont pas sans lien avec l'importance prise par le principe de

Ne rien inscrire dans cet emplacement

sécurité juridique (CE 24 mai 2006, KPMG, conclusions M. Guyomar). Ainsi, depuis sa jurisprudence Pons de 1968, le juge de l'exès de pouvoir peut accepter de neutraliser un motif illégal surabondant afin d'éviter les "annulations blanches". Le juge du Conseil d'Etat a fait preuve du même pragmatisme, guidé par le principe de sécurité juridique, en permettant à l'administration d'opérer une substitution de cause juridique (CE 2003 El Bahi) et de motif (CE 2004 Mme Hallal).

En outre, le juge administratif s'attache, dans l'optique d'améliorer l'effectivité des décisions qu'il rend, à en préciser la portée de motifs et du dispositif (CE, 2001, Vassilikidis ; CE, 2001, Tikhon). Il fournit ainsi un "mode d'emploi" décrivant dans un cas les différentes options qu'auraient après l'annulation à l'administration, dans l'autre il détaille les étapes à suivre. Par ailleurs, la possibilité de maintenir dans le temps les effets des décisions qu'il rend (CE, 2004, ACI et CE, 2006, Société Techna par une décision de rejet au fond) constitue un moyen de mieux prendre en compte les conséquences préjudiciables à des intérêts privés et publics que peuvent entraîner des annulations immédiates. Enfin, le juge du Conseil d'Etat a allégé la charge de la preuve (CE, 2005, Mme Penney) en matière de discrimination laissant le soin à l'administration d'apporter la preuve de l'absence de discrimination, ce qui renforce la position du justiciable. Certains commentateurs y ont vu une hybridation du REP avec le RPE ou un, notamment, de l'adoption d'un "recours de plein contentieux objectif" (CE, 2007, ATOM), en matière de litiges relatifs à des sanctions à des administrés. Le REP aujourd'hui, s'il est loin d'être "mort", reste toujours en mutation pour répondre aux exigences du corps social.

Plus que jamais, le juge de l'exercice du pouvoir  
semble au "juge Hermès" de François Ost, aux  
côtés des figures du juge Juppé et du juge Hercule.  
Si les deux précédents sont respectivement attachés  
strictement au principe de légalité entendue abstraitement et  
aux faits d'espèce, la figure du juge Hermès est celle  
d'un équilibre, soucieux de garantir le principe de légalité  
mais aussi attaché à l'effectivité concrète de ses décisions et  
de leur bonne réception par la suite et l'administration.

Les mutations du recours pour excès de pouvoir  
influencées par l'influence de la doctrine, la montée de  
droits subjectifs et celle du recours de plein contentieux, ont  
permis de conjurer les propos de Maurice Hauriou, grâce  
à la vicissitude permanente du juge et aux évolutions législa-  
tives.

Ainsi, comme l'observe le Professeur Chapus, "le  
droit administratif évolue aujourd'hui plus nettement qu'auparavant  
vers un droit des libertés publiques, cependant que la  
justice administrative tend à se conformer à la façon dont  
elle est communément conçue : une juridiction des droits de  
l'homme".