

*

* *

LA MÉTAMORPHOSE DES CIRCULAIRES IMPÉRATIVES PAR L'ARRÊT DUVIGNÈRES :

NOUVELLE *SUMMA DIVISIO* OU CRITÈRE D'IDENTIFICATION SECONDAIRE ?

Adrien PRADELS¹ | 7 septembre 2026

* *

*

§ABSTRACT. La lettre de jurisprudence de la Cour administrative d'appel de Toulouse soulignait en 2022 l'héritage de la jurisprudence *Duvignères*, en ce que « *l'impérativité ouvre la voie au contrôle juridictionnel s'il en découle de tels effets sur les administrés*² ». Cette affirmation résume pertinemment les considérants de principe de cet arrêt, de nombreuses critiques ayant émergé sur le terrain de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir vis-à-vis des circulaires³. En effet, il est ressorti avec l'arrêt *Duvignères* que celles *interprétatives* mais dotée d'un caractère *impératif* étaient susceptibles d'un tel recours, un propos qui sera étayé au sein de ce commentaire⁴.

¹ EUROPEAN SCHOOL OF LAW & JOURNAL DE L'ÉCOLE EUROPÉENNE DE DROIT (JEED), ADRIEN.PRADELS@GMAIL.COM, [LINKEDIN](#). Le JEED est un mensuel de géopolitique internationale multilingue. Il a pour objectif de promouvoir les doubles diplômes internationaux et les licences bilingues de l'European School of Law, implantée au sein de l'École de droit de l'université Toulouse Capitole. Le droit de l'Union européenne institue, quant à lui, une grille de lecture commune aux sujets traités.

² « La lettre de jurisprudence de la Cour administrative d'appel de Toulouse et des tribunaux administratifs de Montpellier, Nîmes et Toulouse », n°2, novembre 2022 à juin 2023, p. 5.

³ X. PRÉTOT, « Le régime des circulaires et instructions est-il réductible à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir ? Quelques réflexions à la lumière de la décision *Mme Duvignères* », in *Mélanges Franck Moderne*, 2004, p. 357. En ce sens, voir P. COMBEAU, « Réflexions sur les fonctions juridiques de l'interprétation administrative », *RFDA*, 2004.

⁴ Conseil d'État, sect., 18 déc. 2002, *Mme Duvignères*, GAJA, 17e éd., n° 112, 2009.

§1. Pour la présente affaire, une administrée se voit refuser le droit au versement de l'aide juridictionnelle en raison de son bénéfice de l'aide personnalisée au logement. Celle-ci décide alors de requérir l'abrogation partielle du décret du 19 décembre 1991 d'application de la loi relative à l'aide juridique du 10 juillet 1991, fixant des critères d'accès à cette même aide, tout comme l'abrogation partielle de la circulaire du 26 mars 1997, interprétant ce dernier décret. Ces deux textes tendent effectivement vers l'exclusion de l'allocation de logement familiale des ressources à prendre en compte concernant l'attribution de l'aide juridictionnelle. Le garde des Sceaux ayant refusé ses deux demandes, la requérante décide de réaliser un recours en annulation de cette décision.

§2. Suite à des décisions en première et seconde instance, le Conseil d'État se saisit de l'affaire. La plaignante estime que le décret d'application et la circulaire interprétative de la loi du 10 juillet 1991 n'excluent pas l'aide personnalisée au logement des critères d'accès à l'aide juridictionnelle. *A contrario*, à la lecture de la loi et du décret de 1991, une marge d'appréciation est autorisée par la loi de 1991, permettant une évaluation *in concreto* de la nature des prestations à objet spécialisé à évaluer concernant l'attribution de l'aide juridictionnelle.

§3. La Haute juridiction se demande ainsi en l'espèce si une circulaire purement interprétative, présentant néanmoins un caractère impératif, peut faire l'objet d'une annulation en recours pour excès de pouvoir ?

§4. Le Conseil d'État, dans un arrêt rendu par sa section contentieuse le 18 décembre 2002, conclut par l'affirmative en acceptant la demande de la requérante d'annuler la décision du garde des Sceaux en date du 23 février 2001, refusant d'abroger partiellement le décret d'application de la loi du 10 juillet 1991, ainsi que la circulaire associée. Pour ce faire, la Haute juridiction conclut d'une part quant à l'illégalité du second article du décret d'application de la loi du 10 juillet 1991, contrevenant au principe d'égalité des administrés. De fait, en excluant l'aide personnalisée au logement des critères d'attribution du versement de l'aide juridictionnelle, tout en incluant l'allocation de logement familial, le décret favorise les bénéficiaires de cette dernière, en ce que la distinction des deux aides sociales mentionnées, présentant des objectifs sociaux communs, est complexe, rendant une appréciation casuistique délicate. D'autre part, le Conseil d'État reconnaît l'illégalité de la circulaire associée, qui, bien que se bornant à réitérer des dispositions législatives et réglementaires sans entraîner une modification de l'ordonnancement juridique, présente un caractère impératif par la répétition d'une règle en l'espèce contraire à une norme juridique supérieure. Les dispositions de cette circulaire ont donc un impact sur la situation des administrés, ou autrement dit font grief, ce qui la rend susceptible d'un recours pour excès de pouvoir. Le Conseil d'État

affine dès lors sa réflexion portée sur la recevabilité des circulaires en recours pour excès de pouvoir, en élargissant sa compétence via la consécration d'un critère de grief plus large.

§5. Le juge tâche par conséquent de consacrer un dépassement du critère interprétatif, en établissant de façon minutieuse qu'une circulaire interprétative puisse faire grief **(I)**, afin de reconnaître par la suite un critère impératif, autorisant l'acte litigieux à être soumis à un recours pour excès de pouvoir **(II)**.

I. Une reconnaissance didactique du grief d'une circulaire non réglementaire : le dépassement du critère interprétatif

§6. En l'espèce, la Haute juridiction se trouve au sein d'une situation complexe, en se voyant soumise aux limites du critère interprétatif dégagé en 1954⁵ : en effet, la circulaire attaquée ne pose pas de règle de droit nouvelle, en réitérant simplement les dispositions prévues par le décret d'application. Ainsi, afin de reconnaître le recours pour excès de pouvoir admissible, le juge doit d'une part reconnaître en quoi la circulaire attaquée se trouve être litigieuse par sa réitération de dispositions en vigueur illégales **(A)**, afin de démontrer ses effets notables sur la situation des administrés **(B)**.

A. Le contrôle de proportionnalité minutieux du juge de la légalité interne de la circulaire interprétative

§7. Selon le Conseil d'État, « *par suite, le décret contesté ne pouvait, sans créer une différence de traitement manifestement disproportionnée par rapport aux différences de situation séparant les demandeurs d'aide juridictionnelle suivant qu'ils sont titulaires de l'une ou de l'autre de ces prestations, inclure l'intégralité de l'aide personnalisée au logement dans les ressources à prendre en compte pour apprécier leur droit à l'aide juridictionnelle* ». Le juge rappelle ici un principe fondamental en droit administratif français, à savoir celui d'égalité des usagers devant le service public. En effet, tout administré doit pouvoir, dans la limite du possible, accéder de façon égale à tout service public (Conseil d'État, sect., 9 mars 1951, n°92004, *Société des concerts du conservatoire*). Ce droit fut par la suite appliqué sur la question des charges publiques (Conseil d'État, ass., 7 fév. 1958, n°39269, *Syndicat des propriétaires de chêne-liège d'Algérie*), ou encore au regard de l'égalité des justiciables devant l'institution judiciaire (Conseil constitutionnel, 23 juil. 1975, n°75-56 DC, *Alliés*).

§8. Dans son rapport annuel pour 2006, le Conseil d'État affirme que « *dans la pratique administrative, les circulaires revêtent une grande importance, à tel point que les services s'y réfèrent parfois plus qu'aux*

⁵ Conseil d'État, ass., 29 janv. 1954, n°07134, *Institution Notre-Dame du Kreisker*.

lois et aux décrets qu'elles entendent interpréter ». En effet, une circulaire est un acte interne à l'administration, qui est édicté par un supérieur hiérarchique à destination de ses subordonnés, en proposant des explications voire des recommandations au regard de l'application d'un texte législatif ou réglementaire en vigueur. Dès lors, l'objectif principal d'une circulaire est l'explicitation d'une législation (notamment en ce qui concerne les décrets d'application de lois), convergeant ainsi vers l'instauration d'une communication interne de l'administration. Les circulaires qui se bornent à réitérer ou à détailler des normes sont de ce fait nommées *circulaires interprétatives*. L'universitaire Bertrand SEILLER, actuellement professeur de droit public à l'université Paris-Panthéon-Assas, précise ainsi que de telles circulaires « *constituent certes des actes unilatéraux, dans la mesure où leurs destinataires sont tiers par rapport à leur auteur, mais elles ne présentent pas de caractère décisive, puisqu'elles ne cherchent pas à imposer des effets de droit*⁶ ». Autrement dit, il s'agit d'un acte administratif non décisive, qui ne produit pas d'effets à l'égard des administrés. Ainsi, ces actes ne faisant pas grief, une circulaire interprétative ne semble donc pas être susceptible d'un recours pour excès de pouvoir (Conseil d'État, sect., 10 fév. 1997, n°105329, *Syndicat de la magistrature*). Cependant, dès qu'une circulaire introduit une règle de droit nouvelle, le Conseil d'État estime que la circulaire peut alors s'assimiler à un règlement, en soumettant le droit à de nouvelles sujétions, ou bien en l'entourant de garanties qui n'étaient pas prévues *ab initio* (*supra*, *Institution Notre-Dame du Kreisker*). Il s'agira ainsi d'une circulaire dite *réglementaire*⁷, modifiant l'ordonnancement juridique, et faisant donc grief, étant alors sujette à un recours pour excès de pouvoir (Conseil d'État, ass., 30 juin 2000, n°216130, *Association « Choisir la Vie »*).

§9. En l'espèce, le décret d'application comporte bien une disposition illégale, que la circulaire reprend à destination des agents de l'administration : il s'agit d'une rupture d'égalité devant les services publics de la justice⁸. En effet, dépendamment de l'aide sociale versée, l'administré pourra ou non accéder au versement d'une aide financière, ce qui modulera son accès à un recours effectif en fonction de ses ressources⁹. En outre, le versement de ces mêmes aides intervenant usuellement dans le cadre d'un mode de vie précaire pour leur bénéficiaire, la légitimité de l'accès à un recours pour excès de pouvoir s'en

⁶ B. SEILLER, *Droit administratif*, 2. *L'action administrative*, Flammarion, coll. « Champs Université », 9e éd., 2024.

⁷ Ce faisant, le juge consacre en 1954 un premier critère de recevabilité lié à l'interprétativité de la circulaire, octroyant d'une part aux ministres la compétence subordonnée et limitée d'édicter une forme de règlement, et dotant d'autre part le juge administratif d'un puissant pouvoir de politique juridictionnelle.

⁸ Dès l'arrêt *Villemain*, le juge se réfère au principe d'égalité « *Considérant que le principe d'égalité auquel ces textes devront se conformer ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un comme dans l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit* » (Conseil d'État, ass., 28 juin 2002, n°220361, *Villemain*).

⁹ L'aide personnalisée au logement - l'APL - est versée en raison du logement faisant l'objet d'une convention entre l'État et le propriétaire du logement, alors que l'aide au logement familiale - l'ALF - est elle versée en raison de la situation familiale.

trouve d'autant plus renforcée face à une situation « *manifestement disproportionnée*¹⁰ ». Une sécurité juridique optimale est ainsi recherchée, tout comme assurer la défense des droits des administrés face au pouvoir discrétionnaire de l'administration. Le critère interprétatif dégagé précédemment connaît donc une certaine limite, puisque lors de sa consécration, ce dernier couvrirait bien la notion de grief *actif* à l'encontre des administrés. Cependant, le juge ne semble pas avoir anticipé les impacts par *passivité* de la circulaire, soit par la simple répétition de dispositions antérieures.

§10. *Le juge ayant pu démontrer les impacts notables des dispositions de la circulaire litigieuse envers la situation des administrés concernés, il lui est dès lors possible de reconnaître qu'un acte administratif interprétatif peut faire grief, et donc faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.*

B. La reconnaissance bienvenue d'une circulaire interprétative faisant grief : les débuts d'une analyse conséquentialiste du juge

§11. « *Considérant que l'interprétation que par voie, notamment, de circulaires [...] n'est pas susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir lorsque, étant dénuée de caractère impératif, elle ne saurait, quel qu'en soit le bien-fondé, faire grief* ». Dans la présente affaire, le juge est confronté à une problématique délicate : la circulaire en question est simplement interprétative, puisqu'elle réitère les dispositions d'un décret d'application. De ce fait, en principe, la demande d'annulation partielle devant le juge de l'excès de pouvoir devrait être rejetée. Afin de contourner cette complexité, la jurisprudence introduit une strate supérieure dans l'examen du recours pour excès de pouvoir, à savoir le caractère impératif de la circulaire.

§12. En l'occurrence, la motivation de l'arrêt est claire et précise, en ce que le juge met en parallèle les effets d'une circulaire non-impérative, avant d'exposer par la suite le grief que produit une circulaire abordant ce caractère. La complexité de cet édifice doctrinal s'explique alors par le caractère consubstantiellement protéiforme de la circulaire, qui est « *un pavillon qui peut recouvrir toute sorte de marchandises : ordres du jour, conseils, recommandations, directives d'organisation et de fonctionnement, règle de droit*¹¹ ». Les circulaires constituant le mode traditionnel d'expression de la

¹⁰ On retrouve également au sein de l'arrêt *Villemain* un contrôle de proportionnalité similaire à celui de *Duvignères* : « *L'autorité investie du pouvoir réglementaire ne peut ainsi, sans créer une différence de traitement manifestement disproportionnée par rapport aux différences qui séparent ces deux formes d'organisation de la vie commune, exclure totalement les partenaires liés par un pacte civil de solidarité du bénéfice des avantages dont bénéficient les agents mariés* ».

¹¹ Concl. B. TRICOT, sur *supra*, *Institution Notre-Dame du Kreisker*. En ce sens, voir R.-É. CHARLIER, « Circulaire, instructions de services et autres prétendues mesures inférieures », *JCP*, 1954 ; G. KOUBI, *Les circulaires administratives*, *Economica*, coll. « Corpus », 2003.

doctrine administrative, une « *ligne directrice que l'administration se fixe pour agir*¹² », le contentieux relatif à la recevabilité en recours pour excès de pouvoir s'explique ainsi aisément par l'importance normative qu'a acquis ce type d'acte au fil des pratiques ministérielles. En effet, une circulaire dite réglementaire n'est régulière que si celle-ci émane d'une entité ayant le pouvoir de la prendre ; autrement dit, bien que les chefs de service puissent édicter des règles générales pour les besoins de leurs services (Conseil d'État, sect., 7 fév. 1936, n°43321, *Jamart*), le juge a pu annuler des circulaires pour incompétence de leurs signataires. Certains auteurs de doctrine emploient alors le terme de « réalité juridique disparate », comme en témoigne une circulaire relative aux circulaires ministérielles du 15 juin 1987. Celle-ci précise que « *la circulaire ne peut créer pour les usagers d'obligations qui ne résulteraient ni de la loi ni du règlement. Même dans le cas où un ministre est habilité, dans un domaine déterminé, à édicter des dispositions réglementaires [cf. *supra*, *Jamart*], il sera de bonne administration de prendre celles-ci par arrêté et non par circulaires* ». Le juge poursuit ainsi son combat contre les problématiques engendrées par la prolifération de celles émanant des ministres, comme en témoigne à titre d'exemple le nombre de circulaires prises entre le 15 octobre et le 21 octobre 2009, soit en l'espace d'une semaine : dix ont été officiellement publiées sur le site du gouvernement.

§13. Si cette multiplication quantitative est l'une des raisons de l'évolution de la pensée du juge, ce fut également le cas quant à la nature consubstantielle du recours pour excès de pouvoir. Selon la formule du vice-président du Conseil d'État Louis-Édouard JULIEN-LAFERRIÈRE, il s'agit d'un « *procès fait à un acte* », se distinguant donc d'une simple *actio popularis*, puisqu'il est nécessaire de justifier d'un intérêt direct, certain et actuel, donnant qualité à agir. Du fait de son effet rétroactif via l'annulation de l'acte, ce recours dispose d'une puissance notable et d'une efficacité redoutée, justifiant son usage méticuleux par le juge. C'est pour cela qu'il est absolument fondamental de déterminer si un acte administratif fait grief ou non, les administrés pouvant par la suite se prévaloir de conséquences sur leur situation. Cette démonstration explique ainsi l'admissibilité de ce recours vis-à-vis des circulaires de l'administration fiscale, si celles-ci proposaient une « *interprétation par l'administration de la loi fiscale pouvant lui être opposée par un contribuable* ». En effet, il fut considéré que l'administration ne pouvait redresser un contribuable si ce dernier avait aménagé sa situation personnelle en fonction de l'interprétation retenue¹³ (Conseil d'État, sect. 16 déc. 2005, n°272618, *Société Friadent France*).

§14. *En constatant la limite de la condition de recevabilité dégagée presque un demi-siècle auparavant, la juridiction administrative admet un dépassement du critère interprétatif en acceptant de reconnaître les*

¹² A. VAN LANG, G. GONDOUIN et V. INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, Éditions Dalloz, 1989.

¹³ En ce sens, P. COMBEAU, « Doctrine fiscale, doctrine sociale... et après ? », *AJDA*, 2005.

conséquences des dispositions d'une circulaire non réglementaire sur la situation des administrés. Cette situation d'espèce permet dès lors à la juridiction administrative de moduler la grille de lecture quant à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, via la consécration du critère impératif.

II. Une substitution opportune d'un nouveau critère par la prévalence de l'impérativité sur l'interprétativité

§15. Afin de faire évoluer sa jurisprudence au profit d'une protection plus large des administrés, la Haute juridiction établit de façon explicite et formelle un élargissement de sa compétence afin de connaître du recours pour excès de pouvoir contre les circulaires impératives (A), témoignant cependant d'une solution encore imparfaite, dont l'amélioration s'inscrit au sein d'un mouvement de « subjectivisation » du contentieux (B).

A. Une consécration formelle du critère d'impérativité via la nature injonctive de la circulaire

§16. En considérant que « les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction doivent être regardées comme faisant grief, tout comme le refus de les abroger », le juge lie le grief pouvant émaner d'une circulaire non réglementaire aux dispositions de ces dernières au caractère abstrait et impersonnel d'une part, et de nature injonctive d'autre part.

§17. La juridiction procède ainsi à une exposition didactique de sa décision, en précisant le cheminement de son raisonnement quant à l'établissement du critère impératif de façon minutieuse. Il ne s'agit toutefois pas d'une découverte prétorienne nouvelle, apparaissant déjà déterminante quelques mois plus tôt au sein de l'arrêt *Villemain*¹⁴, ce qui confirme la réflexion en profondeur émanant du juge administratif lors de l'examen des demandes des administrés. Or, même impérative, une circulaire interprétative est supposée ne pas modifier l'ordonnancement juridique, là où « *si [...] la circulaire édicte des normes nouvelles, il faut la prendre pour ce qu'elle est, c'est-à-dire un acte réglementaire*¹⁵ ». Ce faisant, le juge consacre bel et bien un dépassement du critère *interprétatif* et non une annihilation de ce dernier, puisqu'il est nécessaire quant à l'application du critère *impératif* : une circulaire, qu'elle soit interprétative ou réglementaire, pourra faire grief si ses dispositions sont *injonctives*, soit un ordre exprès, formel. En effet, le binôme des *circulaires dénuées de caractères impératif* et des *circulaires impératives* ne semble pas

¹⁴ « L'interprétation que l'autorité administrative donne au moyen de dispositions impératives à caractère général des lois et règlements qu'elle a pour mission de mettre en oeuvre [e]st susceptible d'être directement déférée au juge de l'excès de pouvoir [...] », *supra*, *Villemain*.

¹⁵ G. KOUBI, « Distinguer l' "impératif" du "réglementaire" au sein des circulaires impératives », *RDP*, 2004.

s'annoncer en tant qu'une nouvelle *summa divisio* - qui remplacerait celle opposant *circulaires interprétatives et réglementaires*¹⁶ -, mais plutôt comme un nouveau critère de recevabilité quant au recours pour excès de pouvoir, reléguant ainsi « *ce qui relève de l'interprétation du droit et ce qui relève de l'édition de normes nouvelles*¹⁷ » en un sous-ensemble d'une plus grande entité.

§18. Une certaine relativité des critères jurisprudentiels posés par le juge est toutefois à souligner, ces derniers se modulant selon les circonstances de l'espèce. Notamment, les critères de cette *impérativité* demeurent assez flous : bien que le juge fasse référence à la volonté subjective de l'autorité administrative de créer des droits, des obligations, et d'imposer une interprétation de la loi, il s'avère qu'en pratique, la solution demeure très casuistique¹⁸. Autrement dit, le caractère impératif d'un acte administratif n'est pas forcément décisif, puisque « *dans le style administratif, l'invitation peut être la forme polie d'un ordre ou la forme pesante d'une recommandation* », selon les conclusions du président de la section du rapport et des études du Conseil d'État Guy BRAIBANT (Conseil d'État, ass., 13 juill. 1962, n°51265 et 51266, *Conseil national de l'Ordre des médecins*). En guise d'illustration, il faut rappeler qu'une lettre du ministre de la Culture, requérant au P.-D.G. de France Télévision « *d'envisager les mesures nécessaires afin de ne pas commercialiser les espaces publicitaires entre 20 heures et 6 heures* », avait été considérée comme « *comportant une instruction tendant à ce que soient prises les mesures en cause* » (Conseil d'État, 11 fév. 2010, n°324233, *Mme Borvo et alii*). Ce n'est donc plus tant la forme de la circulaire qui semble jouer un rôle déterminant au regard de sa recevabilité en recours pour excès de pouvoir, mais davantage sa portée sur la situation des administrés.

§19. Cette évolution prétorienne, permettant un premier élargissement de la compétence du juge pour l'ensemble des circulaires, n'est pas encore finale, la jurisprudence ayant démontré une volonté du juge d'étendre la recevabilité en recours pour excès de pouvoir à un plus grand nombre d'actes de droit souple.

B. Un élargissement dispersé de la compétence du juge administratif : la reconnaissance prétorienne de divers actes de droit souple faisant grief

§20. En admettant un recours pour excès de pouvoir pour les circulaires dont les « *dispositions* [impératives générales] *fixent, dans le silence des textes, une règle nouvelle entachée d'incompétence ou si, alors même qu'elles ont été compétemment prises, il est soutenu à bon droit qu'elles sont illégales*

¹⁶ Nicolas CHIFFLOT et Maxime TOURBE, *Droit administratif*, Sirey Université, 19e éd., 2024, p. 861.

¹⁷ Concl. de P. FOMBEUR sur *supra*, Duvignères.

¹⁸ En ce sens, C. GROULIER, « L'impératif dans la jurisprudence Duvignères : réflexions sur un sésame contentieux », *RFDA*, 2008.

pour d'autres motifs ; qu'il en va de même s'il est soutenu à bon droit que l'interprétation qu'elles prescrivent d'adopter, soit méconnaît le sens et la portée des dispositions législatives ou réglementaires qu'elle entendait expliciter, soit réitère une règle contraire à une norme juridique supérieure », le juge présente un vaste panel d'hypothèses afin de préciser ce que l'adjectif *impératif* englobe. Au-delà de son caractère injonctif, il semble qu'une analyse duale est fixée par le juge : d'une part, sur l'aspect normativement créateur de la circulaire, se référant donc à celles réglementaires (l'hypothèse d'une *règle nouvelle entachée d'incompétence ou illégale pour d'autres motifs*), et d'autre part sur son aspect interprétatif, se référant alors aux circulaires éponymes (soit l'hypothèse d'une interprétation erronée ou de la réitération de dispositions illégales).

§21. Il apparaît dès lors que ce nouveau critère ne semble pas être des plus satisfaisants, à la vue de sa grande appréciation *in concreto* par le juge. L'évolution de la pensée du juge était alors prévisible, pour ne pas dire certaine : il paraissait difficilement justifiable de continuer à lier la recevabilité du recours au caractère impératif des circulaires, alors que d'autres non impératives étaient tout à fait de nature à produire un impact majeur sur la situation des administrés. En outre, les circulaires non impératives se distinguent assez mal des actes de droit souple, se limitant à veiller à l'application d'un texte de loi de manière uniforme sur le territoire, complexifiant davantage ce contentieux. Une partie de la doctrine fait en ce sens référence à la « littérature grise » de l'administration, portant sur l'extension de la jurisprudence successivement aux actes de droit souple, aux autorités de régulation, ainsi qu'aux autorités administratives¹⁹. En enclenchant ce mouvement d'ouverture du recours pour excès de pouvoir à des instruments d'incitation et de recommandation, le juge a, malgré lui, entraîné un mouvement de subjectivisation du contentieux²⁰.

§22. Cette problématique fut notamment rencontrée avec les actes édictés par des autorités publiques indépendantes, qui usuellement ne faisaient pas grief, se sont vu reconnaître un caractère impératif par le juge selon des critères assez relatifs (Conseil d'État, sect. 13 juil. 2007, n°295761, *Société des Éditions Tissot*), notamment si l'acte en question « énonce des prescriptions individuelles dont les autorités de régulation pourraient censurer la méconnaissance » (Conseil d'État, sect., 11 octobre 2012, n°357193, *Société Casino Guichard-Perrachon*). De ce fait, bien que ni les communiqués de presse de l'Autorité des marchés financiers, ni la prise de position de l'Autorité de la concurrence ne créent de droit ou d'obligation juridique, les actes de ces autorités de régulation ont été reconnus comme « étant de nature à produire des effets économiques notables et comme ayant pour objet de conduire les investisseurs de

¹⁹ En ce sens, voire C. MALVERTI et C. BEAUFILS, « La littérature grise tirée au clair », *GAJA*, n°116 ; *GDJ*, n°47.

²⁰ J. SIRINELLI, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA*, 2016, p. 529.

modifier de manière significative leurs comportements », en raison des modalités de la diffusion du premier, et de la modification de la situation concurrentielle permis par le second (Conseil d'État, ass., 21 mars 2016, n°368082, *Société Fairvesta International GmbH et alii ; Société NC Numéricable*)²¹.

§23. Bien qu'en principe, « *les documents de portée générale ne présentent pas de caractère juridique car leur objet [...] est seulement de présenter l'état du droit ou d'interpréter le droit positif* », le juge amorce l'application d'un « *critère conséquentialiste*²² », selon les dires du professeur de droit public à l'université Paris-Panthéon-Assas Benoît PLESSIX. L'aboutissement final de cette réflexion se trouve de façon attendue avec les « *documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non [qui] peuvent être déférés 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* » (Conseil d'État, sect., 12 juin 2020, n°418142, *GISTI*). Cet arrêt, reprenant la vision conséquentialiste mentionnée antérieurement, consacre toutefois une référence à la jurisprudence *Duvignères*, en notant qu'« *ont notamment de tels effets ceux de ces documents qui ont un caractère impératif*²³ », plaçant ainsi le caractère impératif d'un acte en tant qu'indice prépondérant plutôt qu'en critère déterminant. Certains universitaires, tels Nicolas CHIFFLOT ou encore Maxime TOURBE, soulignent néanmoins les « *potentialités vertigineuses*²⁴ » des dires du Conseil d'État de considérer que « *n'importe quel énoncé général, quelle que soit sa forme, est susceptible de recours pour peu qu'il soit de nature à modifier les comportements* ». Cette recevabilité du recours via une analyse des critères faisant grief d'un acte devient donc un véritable instrument jurisprudentiel du juge : alors qu'une réponse de la CNIL au sein d'une FAQ est admise en recours pour excès de pouvoir (Conseil d'État, 8 avril 2022, n°452668, *Syndicat national du marketing à la performance*), tel n'est pas le cas d'un document de programmation de futurs emplois de magistrats, émanant du garde des Sceaux (Conseil d'État, 14 avril 2023, n°448486, *Ordre des avocats au Barreau des Hauts-de-Seine*).

§24. Le professeur en droit public à l'université Jean Moulin Christophe TESTARD souligne dès lors que « *Le seul critère d'identification d'un acte de droit souple susceptible de recours tient désormais à son influence significative ou ses effets notables* ». La jurisprudence *Société Forseti* illustrant bien ce propos,

²¹ Il est également possible de citer une délibération du Conseil supérieur de l'audiovisuel dissuadant les services de télévision de rediffuser un message télévisuel à caractère publicitaire (Conseil d'État, 10 oct. 2016, n°384691, *Mme A et alii*), une fiche d'usage d'un médicament élaborée par la Haute autorité de santé (Conseil d'État, 19 juil. 2017, n°399766, *Société Menarini France et autres*) ou encore des lignes directrices émanant de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, relatives au partage de réseaux mobiles (Conseil d'État, 13 décembre 2017, n°401799, *Société Bouygues Télécom et alii*).

²² B. PLESSIX, *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. « Manuel », 3e éd., 2020, n°778.

²³ *supra*, *GISTI*.

²⁴ N. CHIFFLOT et M. TOURBE, *Droit administratif*, Sirey Université, 19e édition, 2024. En ce sens, voir la tribune de Christophe FARDET, « Le droit souple, un droit qui va trop loin ? », *ADJA*, 2024, p. 129.

le Conseil d'État ayant admis la recevabilité du recours sur la base d'une note du garde des Sceaux, étant « *susceptible de produire des effets notables sur les droits du tiers* » (Conseil d'État, 21 juin 2021, n°428321, *Société Forseti*) : la note du ministre de la Justice, n'ayant ni autorité ni pouvoir d'instruction à l'encontre des magistrats du siège, était donc en l'espèce dépourvue de toute valeur impérative ; cet acte fut toutefois considéré comme faisant grief. Dès lors, selon Benoît PLESSIX, « *sans renoncer au critère de l'impérativité, l'arrêt GISTI n'en fait plus qu'un sous-critère d'identification des documents généraux à effets notables*²⁵ ».

* *

*

²⁵ *supra*, B. PLESSIX, *Droit administratif général*.