

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

UN NOUVEAU « RECOURS GISTI » CONTRE LES LIGNES DIRECTRICES ?

MATHIEU TOUZEIL-DIVINA

Référence de publication : Touzeil-Divina, Mathieu (2020) [*« Un nouveau « recours GISTI » contre les lignes directrices ? ; à propos de CE, sect., 12 juin 2020, n° 418142, GISTI » \(libres propos\)*](#). La Semaine juridique - Administrations et collectivités territoriales (n°25). p.

4.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

UN NOUVEAU « RECOURS GISTI » CONTRE LES LIGNES DIRECTRICES ?

**À PROPOS DE CE, SECT., 12 JUIN 2020, N° 418142,
GISTI, LEBON**

**LIBRES PROPOS PAR MATHIEU TOUZEIL-DIVINA
PROFESSEUR DE DROIT PUBLIC A L'UNIVERSITE
TOULOUSE 1 CAPITOLE, PRESIDENT DU
COLLECTIF L'UNITE DU DROIT**

Les « lignes directrices » administratives sont décidemment de plus en plus « contestables » par « effets notables » au contentieux de l'annulation. - Il ne s'agit pourtant peut-être pas, selon l'auteur, d'une simple « fusion » des jurisprudences précédentes en matière de droit souple mais bien de la création d'un nouveau recours « allégé » et ce, de façon bien « vaporeuse »

Le contentieux de l'excès de pouvoir est centré sur la recevabilité contentieuse des recours exercés contre des actes administratifs. *À priori*, seuls les actes administratifs dits unilatéraux, décisifs et « faisant grief » sont susceptibles d'être contestés ce qui implique que les actes même administratifs et unilatéraux mais non décisifs, parce que seulement interprétatifs ou n'émettant que des vœux ou conseils par exemple, sont insusceptibles de recours. De même, un acte estimé sans rapport ou impact avec les intérêts d'administrés sera-t-il réputé ne pas faire « grief ». Toutefois, depuis la fin du siècle passé, plusieurs catégories d'actes autrefois incontestables comme les mesures d'ordre intérieur (*CE, ass., 17 févr. 1995, n° 107766, Hardouin, Lebon p. 82 et CE, ass., 17 févr. 1995, n° 97754, Marie, Lebon 1995, p. 84*) ou encore les circulaires (*CE, sect., 18 déc. 2002, n° 233618, Duvignères, Lebon, p. 463*), les directives et autres « lignes directrices » (*CE, 21 mars 2016, n° 368082, Fairvesta, Lebon et CE, ass., 21 mars 2016, n° 390023, NC Numéricable, Lebon*) ont les uns après les autres, et sous conditions, devenus susceptibles de recours contentieux en mettant surtout en avant leur

caractère impératif de règlement dissimulé. Le mouvement prétorien qui a permis la contestation contentieuse croissante de ces actes para-réglementaires autrefois insignifiants est mu, selon nous, par deux objectifs : le refus de considérer uniquement la qualification ou dénomination originelle d'un acte (en le renommant acte décisoire et fréquemment réglementaire lorsqu'une administration a voulu éviter la procédure d'édiction de tels actes) et la volonté de prendre davantage en compte les intérêts potentiellement froissés des citoyens (quitte à bousculer les deux caractères précités « décisoire » et « faisant grief »).

Le présent arrêt, à la suite de la contestation par le Groupe d'information et de soutien des immigré.e.s (GISTI) d'une note d'actualité de la police aux frontières relative aux fraudes documentaires guinéennes sur des actes d'état civil, est venu compléter cette jurisprudence, certes en ouvrant *a priori* davantage le prétoire, mais en le faisant, à nos yeux, de façon plus que vaporeuse sinon inquiétante.

Concrètement, l'acte attaqué diffusait « 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 [préconisait] 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 ». La note de service est donc très incitatrice (ce qui est le propre de ce que l'on nommait autrefois une directive) même si elle n'interdit pas – formellement – d'autres hypothèses aux personnels l'appliquant (ce dont on se permettra de douter matériellement). Était-elle contestable au contentieux de l'annulation ? Oui, va assurer le juge en posant, en préalable de sa décision, deux principes dignes d'un arrêt de règlement :

- « 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 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. Ont notamment de tels effets ceux de ces documents qui ont un caractère impératif ou présentent le caractère de lignes directrices ». Et d'ajouter, sur l'office du juge saisi d'un tel recours :

- 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 ».

Dans le cadre des présentes observations, il nous est impossible de développer à l'envi notre pensée, mais il faut absolument et d'ores et déjà signaler les éléments suivants : d'abord, le juge regroupe toutes les dénominations principales en cours (circulaires, notes, etc.) y compris potentiellement non écrites (« matérialisés ou non »). Ensuite, il affirme que nous sommes toujours dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir qui serait ouvert (outre le principe de contestation d'un acte administratif unilatéral décisoire et faisant grief) lorsque les actes para-réglementaires précités « 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 ». L'élément ici en jeu n'est alors pas celui du caractère décisoire ou non d'un acte, il touche à ses effets. Ainsi, le juge se rapproche-t-il ici, en s'intéressant aux conséquences des actes administratifs, de sa politique prétorienne en matière de mesures d'ordre intérieur. Et d'en prendre deux exemples (sans les définir !) : les « documents qui ont un caractère impératif ou présentent le caractère de lignes directrices ». Un document (mais qu'est-ce qu'un document en droit soulignerait à juste titre la spécialiste des circulaires et des lignes directrices, le professeur G. Koubi ?) ; un document donc impératif est *a priori* et par essence décisoire, rien d'étonnant donc à ce qu'il soit susceptible de recours (et fasse grief) mais que sont donc les « lignes directrices » (autrefois directives) que le juge mentionne depuis une dizaine d'années et suffit-il de qualifier comme telles une instruction pour qu'on puisse l'attaquer ? Sur ce point, *a minima*, le juge est-il bien vaporeux. Après nous avoir dit qu'il ne fallait pas être formaliste (peu importe la dénomination de l'acte), les « lignes directrices » seraient désormais toujours susceptibles de contentieux mais ce, sans prendre soin de les définir. Quoi qu'il en soit, le Conseil d'État précise aussitôt ce que doit être l'office du juge saisi en ce sens (*pt 2*) : un excès de pouvoir *a priori* réduit et insistant sur certains cas d'ouverture très formels.

Serait-ce là la création d'un nouveau recours – restreint – au sein de celui de l'annulation ? On pourrait tout à fait le croire d'autant plus qu'en l'appliquant le juge va bien faire état de ce qu'il n'est pas dans la situation classique d'un excès de pouvoir. Il y a un siècle et demi c'est exactement ainsi que le Palais royal avait procédé lorsqu'il avait distingué le plein contentieux de celui, naissant et restreint, de l'excès de pouvoir (v. *M. Touzeil-Divina et Foucart Emile-Victor-Masséna, Aux origines des branches du contentieux administratif, Paris, Dalloz, 2017*). En l'occurrence, apprend-t-on, la note contestée serait caractérisée par les « effets notables » précités au regard de ce qu'elle emporte « sur la situation des ressortissants guinéens dans leurs relations avec l'administration française ». Et d'en conclure qu'elle peut donc « faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (sic), contrairement à ce que soutient le ministre de l'intérieur ». Le recours est ouvert concrètement car l'acte par ses « effets notables » ferait grief :

dont acte mais il ne s'agit pas d'un recours classique en excès de pouvoir puisque ce dernier n'est ouvert qu'aux actes administratifs unilatéraux décisifs et faisant grief. Or, la présente note n'est pas décisive nous dit explicitement le juge : « 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 CRPA (...) ne peut qu'être écarté » ! La note aurait été impérative, elle aurait sûrement été décisive mais tel n'est semble-t-il pas ici le cas.

En résumé, un recours en excès de pouvoir « classique » ou « plein » est possible contre tout acte administratif unilatéral décisif et faisant grief mais un recours « allégé » (avec un office également « light ») est *a priori* également ouvert contre 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 ».

Ce recours « Gisti » serait-il alors ouvert contre les actes administratifs unilatéraux soit décisifs (impératifs) soit faisant grief (aux « effets notables ») ? C'est ce qu'une première lecture de l'arrêt semble nous indiquer. On pourrait alors croire à une avancée mais telle n'est pas notre opinion. À nos yeux, en effet, ce recours « allégé » en refusant, sans le discuter, de déclarer impératif une norme qui « préconise » et – matériellement – rend – sans le dire – obligatoire *de facto* un comportement auprès d'agents ne permet plus de faire un véritable recours en excès de pouvoir (REP) contre un acte qui aurait jadis été requalifié de règlement décisif. Il n'y a pas là une avancée mais un recul dissimulé derrière l'ouverture – non du REP mais – d'un REP allégé qui ne reprend pas la totalité de ces cas d'ouverture. Dans cette espèce, d'ailleurs, certes le célèbre requérant défenseur des droits a-t-il pu contester la note litigieuse mais du fait de son absence de caractère impératif reconnu ou plutôt affirmé, aucun argument n'a été recevable : ni celui précité de la contrariété au CRPA ni même (au *pt 5*) celui de sa non-conformité à l'article 47 du Code civil. Or, va affirmer le Conseil d'État : « 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 (sic) 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 ». On pourra donc désormais faire davantage de recours contre les actes pararéglementaires mais comme ils ne sont – précisément – pas réglementaires, cela ne va pas

changer considérablement la donne sauf si l'acte litigieux est reconnu impératif. Toutefois, s'il est reconnu comme tel (et donc décisoire), ne retrouve-t-on pas le contentieux « classique » de l'excès de pouvoir ou le recours « Gisti » va-t-il aussi l'effacer ? Le pire serait qu'à l'avenir, les actes para-réglementaires impératifs ne soient plus susceptibles de REP (ce qu'ils sont aujourd'hui si ledit caractère impératif est reconnu) mais seulement contestables par ce recours light qui ne permet pas tous les cas d'ouverture de l'annulation.

Seule hypothèse véritablement nouvelle : celle où l'acte – non impératif – est désormais attaquant (revenant expressément sur *CE, 3 mai 2004, n° 245961, n° 255376 et n° 258342, Comité anti-amiante Jussieu, Lebon*) mais où – concrètement – peu de possibilités de succès contentieux seront matérialisées. Il y aura donc certainement des « effets notables » sur le contentieux à la suite de cet important arrêt mais ceux-ci demeurent à ce jour encore bien vaporeux