

Madame la Présidente,
Mesdames et messieurs les présidents,
Chères et chers maîtres,
Chères et chers collègues,

Si la crise sanitaire a mobilisé les moyens de la justice administrative sur des litiges que personne n'aurait soupçonné lors de la dernière édition de ces rencontres, le travail de modernisation de cette justice administrative, œuvre conjointe du Conseil d'Etat et des pouvoirs réglementaires et législatifs, n'a marqué qu'une courte pause le temps du premier confinement.

Tout au plus peut-on remarquer un ralentissement du rythme des réformes textuelles. Ainsi, on observe que le code de justice administrative n'a plus connu de réforme notable depuis la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et son décret d'application du 30 décembre 2019, là où la période 2013-2019 a vu apparaître la dématérialisation de la procédure administrative contentieuse, les modes de règlements alternatifs des litiges ainsi que plusieurs recours spécifiques (au premier rang desquels l'action de groupe et l'action en reconnaissance de droits), mais également l'évolution de plusieurs règles relatives à la recevabilité des requête et à leur instruction, principalement du fait du décret du 2 novembre 2016 dit décret « JADE ».

Signalons tout de même le décret du 9 octobre 2020, sur lequel nous aurons l'occasion de revenir, et le décret du 18 novembre 2020 qui met fin à la règle, devenue il faut bien le dire, aussi artificielle qu'encombrante, qui voulait que les décisions juridictionnelles soient réputées prononcées une fois lues au cours d'une audience publique. Les jugements, arrêts et décisions du Conseil d'Etat sont désormais rendues publics une fois mis à disposition au greffe. Egalement, la mise en place de la médiation préalable obligatoire dans certains contentieux de la fonction publique et litiges sociaux par le récent décret du 25 mars dernier.

Il revenait au Conseil d'Etat de procéder aux ajustements nécessaires du fait de ces nombreuses réformes législatives et réglementaires de la procédure contentieuse (I), travail qui se double d'un mouvement exclusivement prétorien visant à moderniser l'office du juge (II).

Ces deux axes de la jurisprudence administrative partagent un objectif commun : adapter le contentieux administratif aux contraintes de l'administration et aux attentes des justiciables tout en préservant son identité, ainsi que l'appelait de ses vœux M. Jean-Marc Sauvé, alors vice-président du Conseil d'Etat, à l'aube de la décennie passée¹.

¹ Intervention de Jean-Marc Sauvé, dans le cadre de la Conférence nationale des présidents des juridictions administratives, à Bordeaux le vendredi 10 septembre 2010 (<https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/la-justice-administrative-a-l-aube-de-la-decennie-2010-quels-enjeux-quels-defis>, consulté le 31 mars 2022)

I. De l'introduction des requêtes au jugement des affaires : la recherche d'un équilibre entre droits des parties et efficacité de la procédure contentieuse

Les trois dernières années sont riches d'exemples de la finesse et du pragmatisme qui guident à cet égard la jurisprudence, en particulier quant à la recevabilité des requête d'une part (A) et à l'instruction et au jugement des affaires d'autre part (B).

A. Introduction des requêtes : le resserrement des conditions de recevabilité des requêtes s'accompagne d'un pragmatisme qui joue, le plus souvent, en faveur des requérants

L'une des réformes principales du décret JADE tient dans la nouvelle rédaction des articles R. 421-1 et suivants du code de justice administrative, relatifs aux délais contentieux. Les décisions implicites sont désormais exclues de la liste fixée à l'article R. 421-3 des décisions qui, par dérogation à l'article R. 421-1, sont attaquables sans condition de délai. Ainsi, en cas de prorogation par l'exercice d'un recours gracieux, le délai contentieux recommence à courir, en cas de silence de l'administration, à la date de naissance de la décision implicite de rejet. Mais ceci, comme l'a jugé le Conseil d'Etat dans une décision du 27 décembre 2021², à condition que le requérant ait été informé de cette date, à laquelle naît la décision implicite.

Cette solution est à lire aux côtés de la décision du 18 mars 2019³, relative au délai raisonnable de la jurisprudence du 13 juillet 2016 dite Czabaj, et par laquelle il a jugé que ce délai est opposable aux décisions implicites, à condition que le requérant, non informé – par hypothèse – des voies et délais de recours, ait néanmoins été clairement informé des conditions de naissance de cette décision lors de la présentation de sa demande. Le Conseil d'Etat a par ailleurs précisé, dans une décision du 12 octobre 2020, Min. de l'agriculture et de l'alimentation c/ Sté Château Chéri⁴, que, lorsque cette décision implicite naît du silence gardé par l'administration sur un recours gracieux formé à l'encontre d'une décision initiale, le délai raisonnable court à compter de la date de cette décision implicite. Précisons toutefois, pour éviter toute ambiguïté, que cette décision Château Chéri ne constitue pas un revirement de la décision du 7 mars 2018⁵, en vertu de laquelle des conclusions dirigées formellement contre le seul rejet du recours gracieux doivent être regardées comme dirigées contre la décision administrative initiale : la décision Château Chéri préserve les droits d'un justiciable qui fait le pari d'ouvrir un dialogue avec l'administration

² CE, 27 décembre 2021, 432032, B

³ CE, 18 mars 2019, 417270, A

⁴ CE, 12 octobre 2020, Min. de l'agriculture et de l'alimentation c/ Sté Château Chéri, 429185, B

⁵ CE, 7 mars 2018, 404079 404080, A

avant tout recours contentieux, tandis que la décision du 7 mars 2018 tend à donner toute sa portée au recours contentieux, une fois exercé. Ces décisions ne se contredisent donc pas, mais se complètent.

Le délai raisonnable est en revanche inopposable aux refus opposés à une demande indemnitaire préalable : seules les règles relatives à la prescription fixent le délai dans lequel est enfermée l'action en réparation. Il en va ainsi notamment en matière de responsabilité médicale⁶ ou bien de rémunération d'un agent public⁷.

Enfin, le Conseil d'Etat rappelle l'esprit qui a présidé à la construction prétorienne que constitue Czabaj, et qui avait peut-être été mis de côté après quelques années d'application mécanique par les juges du fond : ni la durée d'un an de ce délai, ni la date à compter de laquelle il court ne doivent être considérées avec autant de rigidité que le délai de deux mois de l'article R. 421-1 : il doit être tenu compte des circonstances particulières propres à chaque cas d'espèce. Ainsi, le Conseil d'Etat juge dans des décisions du 29 novembre 2019⁸ que s'agissant des recours contre les décrets de libération des liens d'allégeance, ce délai est étendu à trois ans et court à compter de la date de publication du décret ou, si elle est plus tardive, de la date de la majorité de l'intéressé.

Ce tour d'horizon des décisions relatives aux délais contentieux ne serait pas tout à fait complet sans un détour par les questions relatives à la publication et à la notification des actes administratifs, lesquelles présentent un enjeu très concret en ce qu'elles conditionnent le départ de ces délais.

S'agissant des actes réglementaires, le Conseil d'Etat juge dans une décision du 27 mars 2020, Syndicat des petits planteurs de Cadet Sainte-Rose⁹, que la diffusion en ligne des recueils des actes administratifs des préfectures permet d'en assurer une publicité suffisante et qu'il n'y a pas lieu, une fois cette formalité effectuée, d'afficher l'acte au sein des locaux de l'administration. En revanche, la notification d'une obligation de quitter le territoire français sans délai de départ volontaire par voie postale ne remplace pas la notification administrative – c'est-à-dire, concrètement, en mains propres - qui seule permet de garantir à l'étranger qui en fait l'objet l'effectivité d'un recours contentieux¹⁰.

S'agissant à présent de la liaison de l'instance : le Conseil d'Etat rappelle, par une décision du 23 septembre 2019 précisant qu'il est nécessaire de lier le contentieux avant de saisir le juge des référés-provision d'une demande indemnitaire, son attachement à cette exigence historique¹¹. Mais il y associe un pragmatisme qui le conduit, notamment, à tenir compte de l'apparition de

⁶ CE, 17 juin 2019, Centre hospitalier de Vichy, 413097 A

⁷ CE, 10 juillet 2020, Ministre de l'économie et des finances et Ministre de l'action et des comptes publics, 430769, B

⁸ CE, 29 novembre 2019, 411145, 426372, A

⁹ CE, 27 mars 2020, Syndicat des petits planteurs de Cadet Sainte-Rose, 435277, B

¹⁰ CE, 17 juin 2020, 425111, B

¹¹ CE, 23 septembre 2019, Garde des sceaux, 427923, B

procédures précontentieuses spécifiques : ainsi, en matière médicale, la saisine de la commission régionale d'indemnisation et de conciliation vaut demande préalable et lie valablement le contentieux¹² tandis que l'offre indemnitaire de l'ONIAM constitue une décision au sens de l'article R. 421-1¹³.

En outre, si l'entrée en vigueur du décret JADE et la nouvelle rédaction de cet article R. 421-1 avaient laissé penser que la condition de recevabilité de la requête tenant à l'existence d'une décision de l'administration devait s'apprécier à la date de son introduction, rendant ainsi caduque la jurisprudence EFS du 11 avril 2008¹⁴, le Conseil d'Etat a jugé dans une décision du 27 mars 2019¹⁵, que le contentieux est valablement lié si, à la date à laquelle le juge statue, l'administration a pris une décision, expresse ou implicite, sur une demande formée devant elle.

Et pour assouplir encore le régime de la liaison du contentieux, le Conseil d'Etat a jugé dans une décision du 19 février 2021¹⁶, que la décision par laquelle l'administration rejette une réclamation tendant à la réparation des conséquences dommageables d'un fait qui lui est imputé lie le contentieux indemnitaire pour l'ensemble des dommages causés par ce fait générateur, y compris ceux non-spécifiés dans cette réclamation.

Enfin, notons que l'utilisation de l'application Télérecours, à présent rentrée dans les mœurs, ne donne plus lieu qu'à de rares décisions classées. Il convient tout de même de signaler les décisions du 6 février 2019, SARL Attractive Fragrances et Cosmetics¹⁷ et du 14 juin 2019¹⁸ : lorsque l'auteur de la requête entend transmettre un nombre important de pièces jointes constituant une série homogène eu égard à l'objet du litige, il peut les faire parvenir à la juridiction en les regroupant dans un ou plusieurs fichiers sans répertoire individuellement chacune d'elles par un signet. A la condition toutefois que le référencement de ces fichiers ainsi que l'ordre de présentation, au sein de chacun d'eux, des pièces qu'ils regroupent soient conformes à l'énumération, figurant à l'inventaire, de toutes les pièces jointes à la requête. Constitue une telle série homogène, notamment, les pièces visant à établir la résidence d'un étranger en France au cours d'une année donnée.

Ces règles ont été codifiées à droit constant par le décret n° 2020-1245 du 9 octobre 2020, qui a modifié l'article R. 412-2 du code de justice administrative, relatif aux informations que doit comporter l'inventaire détaillé. Signalons qu'a également été codifiée, à cette occasion, la

¹² CE, 29 mai 2019, 426519, B

¹³ CE, 8 juillet 2020, 426049, B

¹⁴ CE, 11 avril 2008, Etablissement français du sang, n° 281374, A

¹⁵ CE, 27 mars 2019, 426472, A

¹⁶ CE, 19 février 2021, 439366, B

¹⁷ CE, 6 février 2019, SARL Attractive Fragrances et Cosmetics, 415582, B

¹⁸ CE, 14 juin 2019, 420861, B

jurisprudence du 5 octobre 2018¹⁹, en vertu de laquelle il revenait au requérant d'intituler les pièces par un numéro d'ordre croissant et continu et un libellé suffisamment explicite. En outre, les conséquences du non-respect de ces règles ont été assouplies : les pièces qui n'ont pas été produites conformément sont écartées des débats et non plus, comme auparavant l'ensemble des « écritures » des parties, c'est-à-dire mémoire et intégralité des pièces jointes.

B. Instruction et jugement des affaires : la recherche d'un équilibre entre l'efficacité de la procédure contentieuse et les droits des parties

L'un des traits caractéristiques de la procédure contentieuse administrative, qui la distingue notamment de la procédure civile judiciaire, réside dans son caractère inquisitoire. Ce caractère a été réaffirmé par les récentes réformes du code de justice administrative, qui dotent le juge de nouveaux outils contentieux pour instruire efficacement les requêtes. Le Conseil d'Etat s'efforce toutefois de concilier l'usage de ces outils avec un principe tout autant essentiel du contentieux administratif, même s'il lui est moins propre, celui du contradictoire.

Les plus remarquables de ces outils sont sans doute la demande de maintien de requête, prévue à l'article R. 612-5-1, et la demande invitant une partie à produire un mémoire récapitulatif, prévue à l'article R. 611-8-1, sous peine d'être réputée se désister si elle n'y répond pas. Quoique semblables dans leurs modalités d'application, ces deux dispositifs procéduraux répondent à des finalités distinctes, auquel la jurisprudence a cherché à restreindre l'usage. Nous profitons toutefois de l'occasion qui nous est offerte de nous exprimer derrière ce pupitre pour rappeler que le meilleur moyen d'éviter d'avoir à contester une décision prenant acte d'un désistement survenu faute pour les parties d'avoir déféré à l'invitation qui leur est adressée, reste de répondre à cette invitation.

En vertu de la décision du Conseil d'Etat du 17 juin 2019²⁰, il incombe au juge de cassation de vérifier que les conditions procédurales fixées par l'article R. 612-5-1 ont été respectées et qu'il n'a pas été fait un usage abusif de cette faculté. Symétriquement, il a également limité à l'usage abusif son contrôle de la demande de produire un mémoire récapitulatif, par une décision Société Crédit Mutuel Pierre du 24 juillet 2019²¹.

Dans une décision du 22 novembre 2019, Société SMA²², il a précisé qu'il revenait au juge d'appel de vérifier, outre le respect des garanties procédurales, qu'il avait été fait une juste application de l'article R. 611-8-1, signifiant très clairement ainsi la différence d'intensité entre le contrôle du juge d'appel et celui du juge de cassation, et qu'il ne lui appartient de remettre en cause cette appréciation du juge d'appel qu'en cas d'usage abusif. Solution que, fort logiquement, il décline

¹⁹ CE, 5 octobre 2018, 418233, A

²⁰ CE, 17 juin 2019, 419770, A

²¹ CE, 24 juillet 2019, Société Crédit Mutuel Pierre I, 423177, B

²² CE, 22 novembre 2019, société SMA, 420067, B

au désistement d'office par une décision du 12 février 2020, Min. action et comptes publics c/ Société Realnet²³.

La cour administrative d'appel de Marseille a saisi la balle au bond puisque, par deux arrêts classés du 18 décembre 2019²⁴, elle a précisé l'office du juge d'appel saisi du moyen d'irrégularité de la décision attaquée et tiré de la méconnaissance de ces dispositions, qui doit apprécier, au vu des circonstances de l'espèce, s'il a été fait une juste application de ces facultés, au regard, notamment de l'objet du litige ainsi que de son évolution au cours de la procédure, de la chronologie de l'instruction menée devant le tribunal et de la teneur des écritures échangées, des conditions de réception de la demande de confirmation du maintien des conclusions et, le cas échéant, des motifs ayant empêché que cette demande reçoive une réponse dans le délai fixé.

S'agissant plus spécifiquement des garanties procédurales, le Conseil d'Etat a précisé par une décision Société Prologia du 24 octobre 2019²⁵, que ce délai minimum d'un mois avait le caractère d'un délai franc, et, à l'occasion d'une décision du 13 novembre 2019²⁶ que la demande de maintien pouvait n'être adressée qu'au mandataire désigné par le requérant.

Quelques mots à présent sur la question prioritaire de constitutionnalité, que l'on ne peut plus qualifier d'innovation procédurale, mais qui donne encore lieu à des décisions classées. Par une décision du 28 septembre 2020²⁷, le Conseil d'Etat a jugé que les dispositions d'une ordonnance prise en application de l'article 38 de la Constitution, qui n'ont pas valeur législative tant qu'elles n'ont pas été ratifiées par le gouvernement, ne peuvent néanmoins être contestées, lorsqu'elles relèvent matériellement du domaine législatif et que le délai d'habilitation a expiré, que par la voie d'une QPC. Aussi, et contrairement à n'importe quel autre texte ayant, formellement, une valeur réglementaire, il revient aux parties, si elles entendent mettre en cause la constitutionnalité de telles dispositions, par voie d'exception, au regard des droits et libertés garantis par la constitution, de le faire suivant la voie dédiée, c'est-à-dire suivant l'article R. 771-3 du code de justice administrative.

²³ CE, 12 février 2020, Min. action et comptes publics c/ Société Realnet, 421219, B

²⁴ CAA Marseille, 18 décembre 2019, SCI Les hameaux de Mucchiatana / Ministre de l'action et des comptes publics, 19MA02767, C+ et 19MA04009, C+

²⁵ CE, 24 octobre 2019, Société Prologia, 424812, B

²⁶ CE, 13 novembre 2019, 422938 B

²⁷ CE, 28 septembre 2020, 441059 442045, B ; voir également CE, 16 décembre 2020, Fédération CFDT Finances et autres, 440258, A pour les recours par voie d'action

II. Modernisation de l'office du juge : entres ajustements et changement

Parallèlement, le Conseil d'Etat poursuit une œuvre de modernisation de l'office du juge. Cet office s'est enrichi, au cours des dernières décennies, d'une série d'innovations dictées par une volonté de donner plus d'effectivité aux décisions juridictionnelles, telles que le pouvoir d'injonction, la modulation des effets dans le temps d'une annulation ou encore la substitution de motif ou de base légale. Ces innovations continuent de nourrir une jurisprudence particulièrement fine, qui consiste souvent à adapter l'office du juge aux spécificités du litige dont il est saisi (A), mais qui ne détournent pas, nous le verrons, le Conseil d'Etat d'une œuvre prétorienne d'une ampleur telle que l'on peut légitimement se demander si elle ne pose pas les jalons d'un chemin qui doit conduire la justice administrative vers un profond changement (B).

A. Les ajustements progressifs des principes structurant l'office du juge

Tout d'abord, s'agissant de la modulation des effets dans le temps d'une annulation, le Conseil d'Etat juge dans une décision La Cimade du 31 juillet 2019²⁸ que cette faculté est restreinte, lorsqu'elle conduit à laisser subsister dans l'ordonnancement juridique un acte méconnaissant le droit de l'Union européenne, aux cas exceptionnels et en présence d'une nécessité impérieuse.

Notons également que, par une décision du 17 décembre 2020, Société Smurfit Kappa Papier Recyclé France²⁹, la faculté est reconnue au juge d'appel qui confirme l'annulation prononcée par un jugement de moduler, dans le cadre de l'effet dévolutif, les effets de cette annulation et de réformer, dans cette mesure, le jugement attaqué.

Le plein contentieux connaît, lui aussi, des innovations marquées par une volonté de calquer l'office de son juge sur les caractéristiques du litige porté devant lui. Rappelons que les principales caractéristiques de cet office résultent de ce que le juge ne se prononce pas tant sur une décision que sur une situation. Il est donc conduit à se prononcer sur cette situation en tenant compte des circonstances de fait et de droit à la date à laquelle il statue et d'en tirer toutes les conséquences au moment de décider du sort de cette décision, sans se préoccuper de la légalité externe de cette décision. Toutefois, ces règles ont connu récemment des tempéraments notables.

Ainsi, par une décision du 28 septembre 2020³⁰, le Conseil d'Etat juge que dans le cas d'un contentieux portant sur une demande d'aide destinée à prendre en charge tout ou partie d'une dépense spécifique, soit le requérant a effectivement exposé cette dépense et le juge doit

²⁸ CE, 31 juillet 2019, Association La Cimade et autres, 428530 428564, A

²⁹ CE, 17 décembre 2020, Ministre de la transition écologique et solidaire c/ Société Smurfit Kappa Papier Recyclé France, 430592, B

³⁰ CE, 28 septembre 2020, 429026, B

rechercher s'il satisfaisait aux conditions pour obtenir l'aide sollicitée à la date du refus litigieux, soit il n'a pas été en mesure de le faire, et le juge doit rechercher si la demande d'aide conserve un objet et si le requérant remplit désormais, à la date laquelle il statue, les conditions pour l'obtenir.

En matière de contentieux sociaux, par une décision du 16 décembre 2016³¹, le Conseil d'Etat avait jugé qu'il revient au juge, se prononçant en qualité de juge du plein contentieux, saisi de moyens en ce sens, d'apprécier la régularité de la décision ordonnant la restitution d'un indu. Cette solution a été étendue à l'ensemble des litiges en matière de pension de retraite, par une décision du 4 mars 2021³² et de pension d'invalidité, par une décision du 9 juillet 2021³³. Ainsi, et par dérogation à la règle qui veut que soient inopérants, en plein contentieux objectif, les moyens tirés des vices de forme, le requérant peut utilement invoquer l'irrégularité qui affecte, le cas échéant, une décision de récupération de trop-perçu de pension. En revanche, les irrégularités affectant les décisions de refus de remise d'indu ne peuvent être utilement invoquées, ainsi que le Conseil d'Etat l'a rappelé par une décision du 3 juin 2019³⁴.

Enfin, signalons une catégorie très spécifique de litiges de plein contentieux, propre aux dommages résultant d'ouvrages ou de travaux publics, dans lesquels la mesure d'exécution prononcée par le juge devient le seul intérêt du recours. Jusqu'au point où, chose remarquable, ce recours s'autonomise pour consacrer un pouvoir d'injonction prétorien, distinct de celui du 9^{ème} livre du code de justice administrative. Ainsi, par une décision du 29 novembre 2019³⁵, le Conseil d'Etat a fait basculer en plein contentieux le recours tendant à ce que soit ordonnée la démolition d'un ouvrage public irrégulièrement implanté. L'examen comparatif des intérêts en présence, qui permet de déterminer s'il y a lieu ou non de démolir l'ouvrage, ne conditionne pas tant la légalité du refus, le cas échéant, opposé au requérant de démolir l'ouvrage, mais l'usage ou non du pouvoir, propre à ce contentieux, dont dispose le juge d'ordonner la démolition de cet ouvrage. Le refus attaqué devant lui n'a alors qu'un seul intérêt, celui de lier le contentieux dans l'hypothèse où le requérant présenterait également des conditions indemnitaires. La même solution est appliquée pour faire cesser un dommage permanent de travaux publics³⁶.

Un bref point également sur le pouvoir d'injonction de droit commun, dont l'évolution majeure résulte de la loi du 23 mars 2019, qui a introduit la possibilité pour le juge de prescrire d'office une mesure d'injonction, le cas échéant assortie d'une astreinte. Son décret d'application du 30 décembre 2019 a toutefois introduit un article R. 611-7-3 disposant que cette faculté est

³¹ CE, 16 décembre 2016, 389642, A

³² CE, 4 mars 2021, 433653, B

³³ CE, 9 juillet 2021, 451980, A

³⁴ CE, 3 juin 2019, 415040, A

³⁵ CE, 29 novembre 2019, 410689, A

³⁶ CE, 6 décembre 2019, Syndicat des copropriétaires du Monte Carlo Hill, n° 417167, A

conditionnée, en vertu des exigences liées au contradictoire, à une information préalable des parties.

Il faut également signaler que cette loi a retiré au Conseil d'Etat la faculté dont il disposait de prononcer d'office une astreinte en cas d'inexécution d'une décision rendue par un tribunal ou une cour.

B. L'appréciation dynamique de la légalité : changement profond de l'office du juge de l'excès de pouvoir

La plus remarquable évolution dans l'office du juge de l'excès de pouvoir reste toutefois ce qu'il est convenu d'appeler l'appréciation dynamique de la légalité.

Il faut commencer par rappeler qu'un acte administratif illégal peut être abrogé à tout moment, et qu'il incombe même à l'administration de « nettoyer » l'ordre juridique des dispositions réglementaires illégales *ab initio* ou qui le sont devenues par l'effet d'un changement de circonstances de fait ou de droit depuis leur édition. S'est alors développée une pratique contentieuse consistant pour les justiciables à demander à l'administration d'abroger de telles dispositions avant d'attaquer, le cas échéant, le refus opposé par la voie d'un REP et de demander au juge d'enjoindre à l'administration d'abroger cet acte

Cette méthode ne permettait pas, toutefois, de pallier les difficultés résultant des changements de circonstances de fait ou de droit susceptibles de survenir pendant le délai, incompressible, de jugement à compter du moment où le juge est saisi de ce refus d'abroger.

Par une décision Association des Américains accidentels du 19 juillet 2019³⁷, le Conseil d'Etat juge que dans l'hypothèse où un changement de circonstances a fait cesser l'illégalité de l'acte réglementaire litigieux à la date à laquelle il statue, le juge de l'excès de pouvoir ne saurait annuler le refus de l'abroger. A l'inverse, si, à la date à laquelle il statue, l'acte réglementaire est devenu illégal en raison d'un changement de circonstances, il appartient au juge d'annuler ce refus d'abroger pour contraindre l'autorité compétente de procéder à son abrogation. En d'autres termes, pour apprécier la légalité de ce refus d'abroger, le juge se place à la date à laquelle il statue.

Cette solution, qui marque une rupture, tant la règle suivant laquelle la légalité de l'acte est appréciée à la date de son édicton était traditionnellement présentée comme une caractéristique du recours pour excès de pouvoir, repose sur une préoccupation là encore pragmatique, celle de l'effet utile de la décision du juge. Cette expression, qui figure telle quelle dans les motifs de la décision *Américains accidentels*, révèle une volonté de faire primer l'efficacité du recours pour excès de pouvoir sur ses caractéristiques historiques. Le pouvoir d'injonction, initialement pensé comme l'accessoire du pouvoir d'abroger, devient en quelque sorte sa finalité pratique.

³⁷ CE, 19 juillet 2019, Association des Américains accidentels, 424216 424217, A

Cette solution a été déclinée depuis à une série d'actes réglementaires, dont nous n'établirons pas ici l'inventaire dès lors qu'il s'agit majoritairement d'actes relevant de la compétence de premier et dernier ressort du Conseil d'Etat³⁸, mais en précisant néanmoins que la décision Américains accidentels trouve à s'appliquer à tous les actes réglementaires, y compris ceux relevant de la compétence de droit commun des tribunaux administratifs. Elle trouve d'ailleurs à s'appliquer en matière d'actes individuels, ainsi que l'a jugé le Conseil d'Etat par une série de décisions fichées :

- refus de faire droit à la demande d'un étranger d'avancer son rendez-vous pour déposer sa demande de titre de séjour³⁹ ;
- refus d'abroger un décret d'extradition⁴⁰ ;
- refus de communication de documents administratifs⁴¹ ;
- refus d'un employeur public de supprimer une mention, publiée sur son site internet, révélant que le recrutement et la titularisation d'un agent est lié à sa qualité de travailleur handicapé⁴² ;
- refus de consultation anticipée de documents d'archives publiques⁴³.

Par une décision du 19 novembre 2021, Société ELENA France⁴⁴, le Conseil d'Etat est allé plus loin encore en consacrant, selon les termes de Mme Sophie Roussel, rapporteure publique sur cette affaire, « *un outil contentieux de plus au service de la mission impartie au recours pour excès de pouvoir* » : saisi de la légalité d'un acte positif, directement attaqué devant lui et non indirectement, par le détour d'un refus d'abroger cet acte, il appartient au juge de se prononcer sur les conclusions, présentées à titre subsidiaire en cas de rejet des conclusions tendant à l'annulation pure et simple de l'acte litigieux, et tendant à ce qu'il prononce l'abrogation de cet acte au motif d'une illégalité résultant d'un changement de circonstances de droit ou de fait postérieur à son édicton. Il statue alors au regard des règles applicables et des circonstances prévalant à la date de sa décision.

Si cette décision est sans ambiguïté limitée aux actes réglementaires, le Conseil d'Etat ayant vraisemblablement été sensible aux conclusions de Mme Sophie Roussel qui a rappelé qu'il existe « *une singularité du rapport de l'acte réglementaire à l'écoulement du temps, liée à son caractère*

³⁸ Citons tout de même, parmi les décisions les plus marquantes, celles relatives au refus d'adopter des mesures de prévention des risques liés à l'utilisation de certaines variétés de plantes (CE, 7 février 2020, Confédération paysanne et autres, 388649, A), au refus d'abroger des actes de droit souple, tels des recommandations de bonnes pratiques édictées par la HAS (CE, 23 décembre 2020, Association Autisme Espoir vers l'école, 428284, A) ou encore au refus de prendre des mesures pour la lutte contre le climat (CE, 19 novembre 2020, Commune de Grande-Synthe, 427301, A).

³⁹ CE, 1^{er} juillet 2020, 436288, A

⁴⁰ CE, 10 juin 2020, 435348, A

⁴¹ CE, 1^{er} mars 2021, 436654, B

⁴² CE, 10 juin 2021, 431875, B

⁴³ CE, 12 juin 2020, 422327 431026, A

⁴⁴ CE, 19 novembre 2021, Société ELENA France, 437141, 437142, B

général, impersonnel et permanent, qui rend l'innovation particulièrement pertinente en ce qui concerne cette catégorie d'actes », il faut mentionner que la décision ELENA a été devancée par un « *ballon d'essai* », pour citer une dernière fois Mme Roussel, avec la décision du 28 février 2020⁴⁵, rendue sur un recours tendant à l'annulation d'une mesure de suspension provisoire prise à titre conservatoire, en l'occurrence en matière de dopage. Le Conseil d'Etat avait alors jugé qu'il revenait au juge de l'excès de pouvoir, saisi de conclusions en ce sens, d'apprécier la légalité de cette décision à la date où il statue et, s'il jugeait qu'elle était devenue illégale, d'en prononcer l'abrogation. Ce type de décision individuelle est toutefois particulier : par nature, une mesure de suspension, dont la légalité dépend de l'atteinte portée à la situation de celui qui en fait l'objet, et, par suite, de la durée pendant laquelle il se la voit infliger, peut perdre sa légalité du seul fait qu'elle se prolonge. L'écoulement du temps devient alors, par nature, un changement de circonstance que le requérant peut utilement invoquer à l'appui de conclusions tendant à l'abrogation de cette mesure.

Au terme de cette revue d'actualité, il est difficile de parier sur le chemin que prendra, à l'avenir l'œuvre prétorienne : déclinaisons toujours plus fines de l'office du juge ou, au contraire, uniformisation de cet office, qui prendrait selon toute vraisemblance la forme d'un basculement généralisé vers le plein contentieux. Ce pari n'est de toute manière pas le but de l'exercice, que nous concluons simplement par le constat, suffisamment certain cette fois, que le Conseil d'Etat entend définitivement tourner la page d'un contentieux administratif rigide pour faire de l'effectivité de ses décisions le principal vecteur d'évolution de sa jurisprudence.

Pierre Sanson
Magistrat à la 2^{ème} chambre de la CAA de Marseille

⁴⁵ CE, 28 février 2020, 433886