

Les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction font grief

Francis Donnat, Maître des requêtes au Conseil d'Etat
Didier Casas, Maître des requêtes au Conseil d'Etat

L'essentiel

Abandonnant la distinction entre circulaires interprétatives et circulaires réglementaires, le Conseil d'Etat fixe un nouveau critère de recevabilité du recours pour excès de pouvoir dirigé contre une circulaire.

Nécessaire à la vie intérieure des administrations, utile, trop utile aux bureaux qui semblent n'appliquer la loi qu'éclairée par elle, inconnue le plus souvent de l'administré, jusqu'au jour où elle lui est opposée, la circulaire semble mettre au défi le juriste (1). C'est pour remettre un peu de clarté en la matière que le Conseil d'Etat, statuant sur une requête lui demandant d'annuler le refus d'abroger une circulaire du garde des Sceaux, a revu sa jurisprudence fixant le sort contentieux des circulaires administratives. Depuis la décision *Institution Notre-Dame du Kreisker* (CE Ass. 29 janvier 1954, Lebon p. 64 ; RPDA 1954, p. 50, concl. B. Tricot ; AJ 1954.II bis, p. 5, chron. F. Gazier et M. Long ; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 13^e éd., n° 76), le Conseil d'Etat rejetait comme irrecevables les conclusions dirigées contre des circulaires ne posant aucune règle nouvelle. Purement interprétatives, elles étaient considérées comme des actes ne faisant pas grief et ne pouvaient être invoquées à l'appui d'un pourvoi. Ces circulaires devaient être distinguées de celles de caractère réglementaire, contre lesquelles le recours était recevable et qui pouvaient être invoquées à l'appui d'un pourvoi.

Abandonnant cette distinction entre circulaires interprétatives et circulaires réglementaires, la décision *M^{me} Duvignères* fixe un nouveau critère de recevabilité du recours pour excès de pouvoir dirigé contre une circulaire. Ce critère réside dans le caractère impératif des dispositions de la circulaire. Désormais, lorsque l'interprétation que l'autorité administrative donne, par voie de circulaires ou d'instructions, des lois et règlements qu'elle a pour mission de mettre en oeuvre est dotée de caractère impératif, cette interprétation est considérée comme faisant grief et est, par suite, susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir. En revanche, les dispositions dénuées de caractère impératif d'une circulaire ou d'une instruction ne font pas grief et les conclusions dirigées contre elles sont irrecevables.

Un nouveau critère de recevabilité des recours dirigés contre les circulaires

La décision *M^{me} Duvignères* parachève une évolution jurisprudentielle entamée par la décision *Institut français d'opinion publique (IFOP)* (CE 18 juin 1993, Lebon p. 178 (2)), qui jugeait que « l'interprétation donnée par l'autorité administrative des lois et règlements qu'elle a pour mission de mettre en oeuvre, au moyen de dispositions impératives à caractère général, n'est susceptible d'être directement déférée au juge de l'excès de pouvoir que si et dans la mesure où ladite interprétation méconnaît le sens et la portée des prescriptions législatives et réglementaires qu'elle se propose d'explicitier ou contrevient aux exigences inhérentes à la

hiérarchie des normes juridiques ». Cette jurisprudence, appliquée à de nombreuses reprises⁽²⁾, permettait au juge de considérer comme recevables les conclusions dirigées contre les dispositions d'une circulaire par lesquelles l'administration donnait une interprétation erronée de l'état du droit applicable ou y ajoutait quelque chose. Dans le cas contraire, ces conclusions étaient irrecevables. Cette jurisprudence a été précisée par la décision *Villemain* (CE Ass. 28 juin 2002, chron. AJDA 2002, p. 586⁽³⁾ ; RFDA 2002, p. 723, concl. S. Boissard⁽⁴⁾) par laquelle l'Assemblée du contentieux a mis en lumière le critère du caractère impératif de la circulaire, se refusant à examiner la légalité des dispositions d'une circulaire dénuées d'un tel caractère, et appliquant en revanche la jurisprudence *IFOP* aux dispositions impératives de la circulaire.

Se situant dans la lignée de la jurisprudence *Villemain* en ce qu'elle reprend à son compte le critère du caractère impératif de la circulaire, la décision *M^{me} Duvignères* va toutefois plus loin en donnant à ce critère une toute autre portée. Les décisions *IFOP* et *Villemain* déduisaient la recevabilité de la requête de son bien-fondé, c'est-à-dire de l'examen au fond des moyens, ne considérant comme faisant grief que les dispositions de la circulaire qui ajoutaient au droit ou en donnaient une interprétation erronée. La décision *M^{me} Duvignères*, en revanche, utilise une voie située en amont consistant à dire que les dispositions d'une circulaire ou d'une instruction présentant un caractère impératif font simplement grief.

La logique des jurisprudences *IFOP* et *Villemain* n'était en effet pas pleinement satisfaisante. Déduisant de la légalité de la circulaire son caractère interprétatif, elles faisaient dépendre la question de savoir si la disposition de la circulaire attaquée faisait grief du bien-fondé du moyen soulevé devant le juge. Or, en principe, les règles de recevabilité des recours sont d'ordre public : devant être relevées d'office par le juge, elles ne doivent pas dépendre de l'argumentation des parties. Il a donc semblé à la Section du contentieux, suivant son commissaire Pascale Fombeur, plus facile d'affirmer clairement ce que la jurisprudence *IFOP* et *Villemain* conduisait déjà le juge à faire, c'est-à-dire d'admettre l'ouverture du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des circulaires qui donnent une interprétation impérative du droit applicable. La décision *M^{me} Duvignères* rend ainsi à la question de la nature d'acte faisant grief le caractère d'ordre public qu'elle avait perdu pour les circulaires avec la jurisprudence *IFOP*. Elle rétablit l'ordre normal d'examen des questions par le juge, qui doit se pencher tout d'abord sur la recevabilité des conclusions soumises à lui avant d'aborder le fond de l'affaire.

Le caractère impératif de la circulaire

Le critère du caractère impératif de la disposition ne sera pas nécessairement d'un maniement facile pour le juge. Si, dans la décision *Villemain*, il était relativement aisé de juger que le fait pour le ministre de qualifier le PACS de contrat « de nature patrimoniale » est un commentaire dénué de caractère impérative, apprécier un tel caractère ne sera pas toujours évident. Il nous semble que ce critère ne saurait être formel, la jurisprudence ne s'étant jamais attachée à la présentation extérieure d'un acte pour déterminer s'il faisait grief. L'appréciation du caractère impératif de la circulaire ne saurait pas davantage reposer sur le mode de rédaction, le style ou le ton plus ou moins comminatoire retenu par l'auteur de la circulaire.

En revanche, il n'est pas certain que ce critère soit entièrement objectif. Il est vrai qu'un acte doit être considéré comme faisant grief d'abord en fonction de ses effets, de sa portée objective. La notion d'acte faisant grief n'est pas seulement liée à la recevabilité du recours, mais se rapporte à l'acte administratif en tant que tel, à sa nature même. Ainsi que l'écrivait le doyen Vedel, la question essentielle est plus de savoir « en quoi » l'acte fait grief, et non pas tant « à qui ». Cela étant, il sera possible, comme le proposait Pascale Fombeur dans ses conclusions, de rechercher l'intention de l'auteur de la circulaire et la façon dont elle est reçue par ses destinataires pour déterminer si celle-ci est dénuée ou non de caractère impératif. Ainsi, une circulaire adressée par un supérieur hiérarchique à ses services doit être présumée, à notre sens, présenter un tel caractère.

A vrai dire, les premières applications par le Conseil d'Etat de la jurisprudence *M^{me} Duvignères*² semblent admettre assez largement le caractère impératif des circulaires : a ainsi été jugée

comme présentant un tel caractère une circulaire interministérielle prescrivant aux directeurs des agences régionales de l'hospitalisation et aux préfets les modalités selon lesquelles devait être appliquée la loi en matière d'exercice de l'activité libérale à l'hôpital (CE 3 février 2003, *Syndicat national de défense pour l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital et autres*, n° 235066, à mentionner aux tables du Lebon). De même, a un caractère impératif la circulaire du directeur de l'administration pénitentiaire du ministère de la Justice relative à la déconcentration des sanctions pour les gradés et surveillants, dès lors qu'elle ne se borne pas à commenter un arrêté du ministre mais prescrit une procédure (CE 12 février 2003, *Syndicat Lutte pénitentiaire*, n° 218869, à mentionner aux tables du Lebon). Fait également grief le refus d'abroger les dispositions impératives d'une circulaire, comme par exemple, en matière fiscale, l'instruction du ministre de l'Economie relative au régime d'assujettissement à la TVA de certains établissements de restauration (CE 19 février 2003, *SARL Auberge Ferme des Genets*, n° 235697, à mentionner aux tables du Lebon). A, en revanche, été regardée comme dépourvue de caractère impératif une note du ministre des Finances se bornant à donner aux agents en charge du contrôle fiscal de certaines entreprises des indications relatives à ce contrôle : par suite, le refus d'abroger cette note ne fait pas grief (*SARL Auberge Ferme des Genets*, préc.).

Une fois admise la recevabilité du recours dirigée contre une circulaire impérative, le juge de l'excès de pouvoir sera conduit à censurer ses dispositions lorsque, par exemple, celles-ci fixent, dans le silence des textes, une règle nouvelle entachée d'incompétence ou si l'interprétation qu'elles prescrivent d'adopter méconnaît le sens et la portée des dispositions législatives ou réglementaires qu'elles entendent expliciter. Dans un cas comme dans l'autre, que l'auteur de la circulaire fixe incompétemment une règle nouvelle ou qu'il ordonne à ses services d'appliquer un texte qu'il interprète incorrectement, le juge censurera le fait, pour l'administration, d'appliquer des règles qui ne sont pas celles définies par les autorités compétentes. Sur ce point, la jurisprudence *M^{me} Duvignères* ne diffère aucunement, quant à ses effets, de celle issue de la décision *Notre-Dame du Kreisker*, qui permettait déjà au juge de se saisir de la règle de droit nouvelle posée par la circulaire.

La réitération d'une norme illégale fait grief

Elle s'en détache, en revanche, lorsqu'elle affirme que le juge devra également censurer la circulaire impérative qui « réitère une règle contraire à une norme juridique supérieure » c'est-à-dire répétant, par exemple, un texte illégal ou, dans le cas de la loi, incompatible avec les stipulations d'une norme internationale. Cette possibilité était, à vrai dire, déjà ouverte au juge par la décision *IFOP* (V. par exemple la décision *Meyet*, préc.), mais la jurisprudence du Conseil d'Etat conservait un courant qui semblait s'y refuser, jugeant que l'illégalité alléguée du texte interprété par la circulaire n'était pas de nature à conférer à celle-ci un caractère réglementaire (par exemple : CE 15 avril 1996, *Union des industries chimiques*, Lebon tables p. 666). L'affirmation par la décision *M^{me} Duvignères* du caractère illégal de la circulaire qui réitère une règle contraire à une norme juridique supérieure tranche clairement en faveur du courant jurisprudentiel se rattachant à la décision *IFOP* et appelle certains commentaires.

Il ne va pas de soi, en effet, de considérer comme faisant grief une instruction ministérielle se bornant à répéter un texte illégal. Il peut être difficile de concevoir que le ministre ordonnant à ses services d'appliquer ce texte prend un acte faisant grief. L'acte faisant grief est en effet celui qui affecte l'ordonnancement juridique ou, plus généralement, qui a des effets juridiques (CE Ass. 26 novembre 1976, *Soldani*, Lebon p. 507). Or, l'instruction se bornant à répéter un texte, même illégal, ne modifie en rien l'ordonnancement juridique et n'est pas, en théorie, opposable aux administrés, qui ne peuvent pas s'en prévaloir (CE 22 février 1999, *Epoux Useyin*, Lebon tables p. 582). C'est la raison pour laquelle il était jugé qu'une circulaire interprétant une loi (CE 4 février 1949, *Fédération des blessés du poumon*, Lebon p. 49), un acte administratif (CE 25 juin 1958, *Ebrard*, Lebon p. 58), un contrat (CE 23 juin 1954, *Société des tramways algériens*, Lebon p. 376) ou résumant une jurisprudence (CE Sect. 3 novembre 1961, *Ecole Marie-Tessier et Union nationale de l'enseignement technique privé*, Lebon p. 607) ne faisait pas grief, contrairement, par exemple, à une circulaire décidant de suspendre partiellement l'application d'une loi (CE Sect. 4 février 1949, *Union des véhicules de transport privé*, Lebon p. 59) ou autorisant l'octroi de dérogations individuelles à une règle

(CE 21 juillet 1970, *Fédération des conseils de parents d'élèves des écoles publiques*, Lebon p. 497). Alors que ces dernières modifient l'état du droit, les premières ne contiennent aucun élément de décision pour les administrés, qui n'étaient par suite pas recevables à demander au juge leur annulation. Cette jurisprudence avait sa logique et, pour tout dire, était plus pure en droit. Elle interdisait au juge de l'excès de pouvoir d'examiner des conclusions dirigées contre un acte à vocation strictement interne, un acte « d'administration intérieure » selon l'expression de M. Hauriou (note sous CE 22 février 1918, *Cochet d'Hattecourt*, S. 1921, 3, p. 9) radicalement insusceptible d'affecter la situation des administrés. Elle lui permettait toutefois d'intervenir pour redonner sa véritable nature à la circulaire lorsque celle-ci ajoutait au droit et perdait ainsi son caractère de simple mesure d'organisation interne de l'administration.

La logique de la jurisprudence *M^{me} Duvignères* est tout autre. Si elle accepte de faire l'effort de considérer que fait grief une circulaire impérative se bornant à répéter une règle illégale, alors que cette circulaire n'a évidemment par elle-même aucun effet juridique, c'est par souci de réalisme et d'efficacité. Le juge de l'administration sait bien comment celle-ci fonctionne : parce que les services appliquent avant toute chose la circulaire plutôt que la loi ou le décret qu'elle entend expliciter, il est préférable de prévenir le plus en amont possible le risque de contentieux individuels causés par l'application d'une circulaire demandant aux services d'appliquer une règle - fût-elle de valeur législative - méconnaissant une norme supérieure. A cet égard, il est incontestable que la décision *M^{me} Duvignères* s'inscrit également « dans le prolongement d'un mouvement qui a conduit le Conseil d'Etat, après une longue période de respect absolu de la loi, à affirmer de plus en plus sa capacité à faire prévaloir sa propre vision de la hiérarchie des normes sur celle du législateur » (Lettre d'information juridique du ministère de la Jeunesse, de l'Education et de la Recherche, février 2003, p. 25, note TXG).

Il est vrai qu'on pourrait objecter que le contrôle exercé par le juge peut aller loin, notamment lorsque sera invoquée devant lui l'incompatibilité avec un traité international de la loi que la circulaire attaquée entendait expliciter ; que les effets juridiques de l'annulation de la circulaire seront évidemment plus limités que ceux de l'annulation du décret repris par la circulaire ou de la constatation de l'inconventionnalité de la loi ; qu'il n'est pas nécessairement dans l'intérêt du bon fonctionnement de l'administration que le juge administratif donne le sentiment de rehausser la place des circulaires, en leur reconnaissant généreusement le caractère d'actes faisant grief, alors qu'il devrait plutôt banaliser cet instrument trop privilégié par les bureaux. Mais si le juge se décide, toutefois, à considérer comme faisant grief un acte qui se borne à reprendre une norme illégale sans rien ajouter au droit, c'est à nos yeux au nom du principe bien établi selon lequel l'administration est tenue de ne pas appliquer un texte illégal, alors même qu'il serait devenu définitif (CE Sect. 14 novembre 1958, *Sieur Ponard*, Lebon p. 554) et qu'elle ne commet, en revanche, pas d'illégalité en n'appliquant pas un règlement illégal (CE Sect. 3 janvier 1960, *Laiterie Saint-Cyprien*, Lebon p. 10). A cet égard, le bon usage des circulaires commande que le juge de l'administration accepte de se pencher sur elles.

Mots clés :

ACTE NON REGLEMENTAIRE * Circulaire

PROCEDURE CONTENTIEUSE * Recours pour excès de pouvoir * Recevabilité

(1) V. Y. Gaudemet, Remarques à propos des circulaires administratives, *Mélanges Stassinopoulos*, p. 36.

(2) Notamment : CE Sect. 2 juin 1999 , *Meyet*, Lebon p. 160  ; Petites affiches 8 juin 1999, p. 11, concl. J.-C. Bonichot ; AJDA 1999, p. 560 , chron. F. Raynaud et P. Fombeur.