

Élise BOULINEAU

Docteure en droit public à l'université de Limoges

Membre de l'Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques (OMIJ)

Le pouvoir d'injonction : un outil au service d'un juge administratif garant d'une légalité effective LPA202m1

Le pouvoir d'injonction réussit à atténuer le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir. L'annulation injonctive décloisonne alors la classification historique des contentieux français. Le juge de l'excès de pouvoir n'est plus uniquement le juge d'une annulation rétroactive. Le rapprochement des offices du juge de l'annulation et de l'exécution participe ainsi à redynamiser l'office du juge de l'excès de pouvoir. Malgré la place secondaire de l'injonction, notamment dans le plein contentieux subjectif, l'avenir de l'excès de pouvoir se trouve dans la création d'un « mégaoffice » du juge de la légalité effective fondé sur l'intérêt du juge administratif.

Depuis la célèbre jurisprudence *Dame Lamotte*¹, le Conseil d'État a consacré le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir. Depuis lors, ce « procès fait à un acte »² ancré dans le passé n'a cessé d'alimenter la doctrine. La mort annoncée de ce recours dès 1912 par Maurice Hauriou³ n'a pas empêché le juge de l'excès de pouvoir de faire évoluer son office. L'apparition d'un pouvoir d'injonction en 1995⁴ a été la première pierre d'un nouvel édifice : la légalité effective, sans réussir à faire du juge de l'excès de pouvoir un juge pleinement maître de son office de juge « injoncteur ». Vidé peu à peu de sa substance au profit du plein contentieux⁵, le recours pour excès de pouvoir est né à nouveau en 2019 avec la jurisprudence *Association des Américains accidentels*. Par cet arrêt d'assemblée, le Conseil d'État ne s'est pas contenté de redéfinir sur le plan temporel l'appréciation de la légalité d'un refus d'abroger un acte réglementaire⁶. Il a fait du pouvoir d'injonction l'élément central du recours pour excès de pouvoir, renversant le raisonnement adopté par la

jurisprudence *Bourezak*⁷. La redéfinition matérielle de l'office du juge de l'excès de pouvoir est d'autant plus concrète depuis l'apparition d'un pouvoir d'injonction d'office⁸. En tant que juge de la légalité, le juge de « l'annulation injonctive »⁹ devient avant tout un juge de l'exécution. En l'espèce, si le Conseil d'État a pu faire preuve d'une grande méthode, il s'est montré moins enthousiaste avec la disparition tant souhaitée du principe de l'économie de moyens¹⁰. Le Conseil d'État a fait le choix audacieux d'encadrer cette liberté donnée au juge administratif, saisi d'une pluralité de moyens justifiant une décision d'annulation, de choisir le moyen sur lequel se fonder pour vider le litige de sa substance sans avoir à « examiner les [autres] moyens de la requête »¹¹. En présence de conclusions à fin d'injonction, le juge aura l'obligation de traiter en priorité les moyens justifiant ces conclusions¹². Sans créer une opposition dirimante, cette solution a l'avantage de permettre une appréciation affinée des moyens défendus et hiérarchisés par les requérants sans conduire à une véritable appréhension de la cause juridique sur laquelle reposent les conclusions d'injonction.

1 CE, ass., 17 févr. 1950, n° 86949, *Ministre de l'Agriculture c/ M^{me} Lamotte* : Lebon 1950, p. 110 ; *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15^e éd., 2005, p. 406.

2 E. Laffèrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, 1^{re} éd., 1888, Berger-Levrault, p. 534.

3 M. Hauriou, note sur CE, 29 nov. 1912, Boussuge et a. : Lebon 1912, p. 1128 ; S. 1914, III, p. 33, concl. L. Blum.

4 L. n° 95-125, 8 févr. 1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

5 C'est le cas pour le contentieux des sanctions administratives : CE, ass., 16 févr. 2009, n° 274000, *Société Atom* : AJDA 2009, p. 343, note. S. Brondel ; JCP A 2009, act. 261 ; JCP A 2009, p. 2089, note. D. Bailleul – ou encore pour le contentieux contractuel, CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, *Département du Tarn-et-Garonne* : AJDA 2014, p. 1035 ; AJCT 2014, p. 380 ; JCP A 2014, p. 2153, note S. Hul.

6 CE, 19 juill. 2019, n° 424216, *Association des Américains accidentels* : Lebon 2019, p. 296, concl. A. Lallet ; AJDA 2019, p. 1543 ; AJDA 1986, chron. C. Malverti et C. Beaufils ; D. 2020, p. 1262, obs. W. Maxwell et C. Zolynski ; RFDA 2019, p. 891, concl. A. Lallet.

7 CE, 4 juill. 1997, n° 156298, *Bourezak* : Lebon 1997, p. 278 ; AJDA 1997, p. 635 ; AJDA 1997, p. 584, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; AJDA 2014, p. 109, chron. D. Chauvaux ; RFDA 1997, p. 815, concl. R. Abraham ; RDP 1998, p. 271, note P. Wachsmann.

8 Article 40 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

9 Le terme « d'annulation injonctive » désigne l'annulation assortie de conclusions à fin d'injonction.

10 F. Dieu, « La règle de l'économie de moyens doit-elle paralyser le pouvoir d'injonction du juge administratif ? », AJDA 2009, p. 1082.

11 M. Guyomar et B. Seillier, *Contentieux administratif*, 4^e éd., 2017, Dalloz, HyperCours, § 892.

12 CE, sect., 21 déc. 2018, n° 409678, *Société Eden* : Lebon 2018, p. 468, concl. S. Roussel ; AJDA 2019, p. 7 ; AJDA 2019, p. 271, chron. Y. Faure et C. Malverti ; AJCT 2019, p. 154, obs. O. Didriche ; RFDA 2019, p. 281, concl. S. Roussel ; RFDA 2019, p. 293, note P.-Y. Sagnier ; Dr. adm. 2019, comm. 22, note. G. Eveillard ; Dr. adm. 2019, comm. 25, note. S. Roussel ; JCP 2019, p. 581, note J.-B. Sibilleau.

La question n'est donc pas tant celle d'une certaine démocratisation du recours pour excès de pouvoir ou encore d'un renouvellement discontinu de l'office du juge de l'excès de pouvoir¹³ que du développement d'une injonction dénuée quelque peu d'effet utile au sein d'un recours hétérogène¹⁴. De manière incontestable, le pouvoir d'injonction du juge administratif réussit à relier deux rives qui étaient, jusque-là, quelque peu éloignées par la conception des offices du juge de l'annulation et du juge de l'exécution (I). La prise en compte dans le temps passé, présent et futur des décisions d'annulation renforce le sentiment de la nécessaire création d'un « mégaoffice »¹⁵ de la légalité effective regroupant excès de pouvoir et plein contentieux objectif (II).

I. Le décloisonnement des offices du juge de l'annulation et du juge de l'exécution

Le perfectionnement de l'office du juge de l'excès de pouvoir modifie en profondeur l'objet du recours pour excès de pouvoir dirigé contre un acte administratif. Le juge de l'excès de pouvoir n'est plus le juge de la stricte annulation rétroactive d'un acte administratif. La jurisprudence constante du Conseil d'État a fait de lui un juge d'une nouvelle annulation temporalisée (A) tourné vers l'application future et effective de sa décision (B).

A. Le décloisonnement temporel des offices du juge de l'annulation et du juge de l'exécution

L'appréciation dynamique¹⁶ de la légalité d'un acte à la date à laquelle le juge statue participe à l'application effective de la légalité. Le juge de l'excès de pouvoir se voit renforcé dans son office d'annulation injonctive. Cette nouvelle temporalité (1) justifiée par la nécessité de vider le litige de sa substance interroge le raisonnement consacré par la jurisprudence *Bourezak* (2).

1. L'appréciation temporelle des effets utiles de la décision d'annulation

L'apport de la jurisprudence *Association des Américains accidentels* ne doit pas être réduit à une approche temporelle. Si le Conseil d'État ancre dans le temps présent le juge de l'excès de pouvoir, c'est pour mieux

faire le lien entre l'effectivité d'une annulation d'un refus d'abroger, en l'espèce un acte réglementaire illégal, et le pouvoir d'injonction du juge administratif.

Dans le considérant 5 de sa décision, le Conseil d'État fonde sur les « dispositions de l'article L911-1 du Code de justice administrative » l'obligation qu'a « l'autorité compétente » d'annuler un refus d'abrogation d'un « acte réglementaire (...) devenu illégal en raison d'un changement de circonstances » non plus à la date de l'édiction de l'acte mais « à la date à laquelle il statue »¹⁷. Cette solution logique¹⁸ (l'illégalité peut cesser entre-temps) va pourtant à l'encontre du principe fondateur du recours pour excès de pouvoir qui veut que le juge apprécie la légalité de l'acte à la date de son édicition¹⁹.

La référence explicite à la non moins étonnante notion d'« effet utile de l'annulation pour excès de pouvoir du refus » de faire doit s'analyser comme le point de départ d'un renouveau conceptuel de l'office du juge de l'annulation. Très vite, le juge administratif a fait le choix audacieux d'une extension de ce considérant à un acte individuel²⁰, à une décision positive²¹, à une décision implicite de refus²², au refus d'édicter des mesures d'application d'une loi²³.

La notion d'effet utile justifie la création d'un raisonnement en deux temps du contrôle de légalité. Le juge administratif s'est donné à la fois la possibilité d'apprécier « la légalité de la décision » à la date de son édicition et à la date « où il statue »²⁴. Ce « contrôle diffracté » de la légalité²⁵ contribue à l'édification d'un nouvel office. Le juge de l'excès de pouvoir devient alors le juge subsidiaire de l'abrogation²⁶ et s'émancipe de la stricte annulation rétroactive.

17 CE, 19 juill. 2019, n° 424216, Association des Américains accidentels : Lebon 2019, p. 296, concl. A. Lallet.

18 C.-A. Rhety, *La notion « d'effet utile » dans l'office du juge de l'excès de pouvoir. Réflexion sur la jurisprudence Conseil d'État, 19 juillet 2019*, Association des Américains accidentels, Mémoire, 2020-2021, Université de Montpellier, p. 35.

19 C. Malverti, C. Beaufils, « Dynamique ou dynamite ? L'appréciation de la légalité à la date à laquelle le juge statue », AJDA 2020, p. 722.

20 CE, 6 déc. 2019, n° 391000, CNIL : AJDA 2020, p. 1115, note M. Cottureau ; AJDA 2019, p. 2516 ; D. 2020, p. 1262, obs. W. Maxwell et C. Zolynski ; D. 2020, p. 2262, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et A. Bouveresse ; RFDA 2020, p. 93, concl. A. Lallet ; RTD eur. 2020, p. 952, obs. A. Bouveresse.

21 CE, 28 févr. 2020, n° 433886, Stassen : AJDA 2020, p. 489 ; JCP A 2020, p. 2159 ; JCP A 2020, p. 2314 ; RFDA 2020, p. 470, concl. G. Odinet.

22 CE, 18 mars 2020, n° 396651, Société Autocars R. Suzanne et Syndicat autonome des transporteurs de voyageurs SATV c/ la région Ile-de-France : AJDA 2020, p. 656.

23 CE, 27 mai 2021, n° 441660, Association Compassio in World Farming France CIWF : GPL 12 oct. 2021, n° GPL426x2.

24 G. Odinet, concl. sur CE, 28 févr. 2020, n° 433886, Stassen : RFDA 2020, p. 470.

25 C. Malverti, C. Beaufils, « Juger avec son temps », AJDA 2021, p. 2582.

26 B. Defoort, « À la recherche de l'« effet utile » : l'excès de pouvoir perdu ou retrouvé ? », AJDA 2020, p. 857. Il doit être saisi de conclusions subsidiaires en ce sens.

13 G. Eveillard, note sur CE, sect., 21 déc. 2018, n° 409678, Société Eden, DA, n° 4, avr. 2019, comm. 22.

14 Débat sur « L'hétérogénéité du droit administratif », rapporté à l'AJDA, 20 juin 1995, p. 24.

15 Le pouvoir d'injonction du juge administratif participe à l'élaboration d'une nouvelle classification du contentieux administratif français.

16 C. Malverti, C. Beaufils, « Dynamique ou dynamite ? L'appréciation de la légalité à la date à laquelle le juge statue », AJDA 2020, p. 722.

2. Le nouvel office du juge de l'excès de pouvoir en présence de conclusions subsidiaires à fin d'injonction

La redynamisation de l'injonction provient de la place donnée à l'effet utile de l'annulation au regard des nouvelles dispositions des articles L911-1 et L911-2 du Code de justice administrative (CJA) depuis la création de l'injonction d'office²⁷. Elle aurait pu venir de la jurisprudence *Stassen*, qui place le juge dans une nouvelle approche avec une potentielle injonction subsidiaire à l'abrogation. Dans ses conclusions sur l'arrêt *ELENA*, Sophie Roussel a formulé la proposition d'une injonction au titre des dispositions de l'article L911-1 du CJA²⁸ pour l'abrogation. Le juge administratif n'a pas fait ce choix²⁹. Dans le cas contraire, le juge préventif soucieux d'une certaine « anticipation juridictionnelle »³⁰ ne se serait donc pas contenté d'apprécier les conclusions à fin d'injonction « en tenant compte de la situation de droit et de fait existant à la date de sa décision »³¹. Il aurait été le juge d'une double anticipation de la légalité : celle de l'abrogation en tant que telle dans le futur (à N+1) et celle, subsidiaire, de l'injonction dans un futur plus long (à N+2).

L'effet utile de l'annulation, liée ou non à l'injonction, ne doit pas faire du juge de l'excès de pouvoir un juge administrateur.

L'injonction d'office place le juge de l'excès de pouvoir dans « une physionomie »³² nouvelle. Il n'est plus seulement le juge de l'annulation au principal mais celui d'une injonction d'apparence subsidiaire. Cette injonction d'office inscrit l'exécution dans le raisonnement même de la décision du juge d'annulation. Une nouvelle temporalité qui place le juge de l'excès de pouvoir dans le futur de l'injonction avant même de prendre en considération son office du juge de l'annulation. L'injonction d'office positionne donc avant tout le juge dans le futur avant d'être dans le présent de la date de sa décision. Cette approche a l'avantage de traduire tant une subjectivisation certaine du

recours pour excès de pouvoir³³ qu'une nification du plein contentieux au sein de ce recours³⁴.

B. Le décloisonnement matériel des offices du juge de l'annulation et du juge de l'exécution

Face à l'impact du principe d'économie de moyens sur l'effectivité du pouvoir d'injonction, l'évolution souhaitée est celle de l'abandon de ce principe au nom d'une appréhension généralisée tant des moyens de légalité externe que de légalité interne par le juge de l'excès de pouvoir (2). Le simple encadrement de ce principe par la jurisprudence *Eden* (1) complexifie l'effectivité de l'annulation au profit d'une démocratisation certaine du recours pour excès de pouvoir.

1. L'appréciation hiérarchisée des moyens d'une décision d'annulation assortie de conclusions à fin d'injonction : garantie encadrée de la légalité effective

Les efforts déployés par le Conseil d'État pour renouveler l'office du juge de l'excès de pouvoir ont pour principale limite la subsistance contestable du principe de l'économie de moyens. L'encadrement proposé par la jurisprudence *Eden* ne suffit pas à faire taire les contestations dirimantes développées dès le début des années 2000³⁵ à l'encontre de ce principe. Le juge administratif a fait le choix non moins stratégique d'une hiérarchisation garantissant l'examen prioritaire des moyens « qui seraient de nature (...) à justifier le prononcé de l'injonction demandée »³⁶. Ce choix pragmatique³⁷ présente des points positifs incontestables tout en recueillant un certain scepticisme quant à l'effet utile de cette mesure.

La hiérarchisation des moyens traduit une ouverture du recours pour excès de pouvoir aux justiciables. La participation des requérants contribue à une appréciation affinée de l'objet du litige en favorisant le moyen le plus opérant au regard de « la cause juridique correspondant à la demande principale du requérant »³⁸ sans réussir à vider complètement le litige.

La jurisprudence *Eden* se contente de proposer un encadrement de la liberté de choix des moyens du juge de l'excès de pouvoir en présence de conclusions à fin

27 D. Bailleul, « La normalisation du contrôle de légalité des actes administratifs individuels : de l'excès de pouvoir à la pleine juridiction », RFDA 2022, p. 824.

28 S. Roussel, concl. sur CE, sect., 19 nov. 2021, n° 437141 et 437142, Association des avocats ELENA France : Lebon 2021, p. 331.

29 CE, sect., 19 nov. 2021, n° 437141 et 437142, Association des avocats ELENA France : Lebon 2021, p. 331, concl. S. Roussel ; AJDA 2022, p. 1239, note E. Aubin ; AJDA 2012, p. 2303 ; AJDA 2012, p. 2582, chron. C. Malverti et C. Beaufils ; AJCT 2022, p. 178, obs. G. Le Chatelier ; RFDA 2022, p. 51, concl. S. Roussel.

30 M. Lei, « Le juge administratif préventif, introuvable ? », JCP A 2021, p. 2142.

31 CE, 4 juill. 1997, n° 156298, Bourezak.

32 S. Roussel, « Le requérant, le juge et la hiérarchie des demandes », RFDA 2019, p. 281.

33 J. Sirinelli, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », RFDA 2016, p. 529.

34 B. Defoort, note sur CE, 19 juill. 2019, n° 424216, Association des Américains accidentels, JCP G 2019, p. 1193.

35 F. Dieu, « La règle de l'économie de moyens doit-elle paralyser le pouvoir d'injonction du juge administratif ? », AJDA 2009, p. 1082.

36 CE, sect., 21 déc. 2018, n° 409678, Société Eden : AJDA 2019, p. 7 ; AJDA 2019, p. 271, chron. Y. Faure et C. Malverti ; AJCT 2019, p. 154, obs. O. Didriche ; RFDA 2019, p. 281, concl. S. Roussel.

37 Y. Faure, C. Malverti, « Le juge de l'excès de pouvoir au service du justiciable », AJDA 2019, p. 271.

38 Cons. 9, CE, sect., 21 déc. 2018, n° 409678, Société Eden.

d'injonction. En cas d'annulation sans conclusions à fin d'injonction, le principe reste celui de la liberté du juge quant au choix du moyen lui paraissant « le mieux à même de régler le litige »³⁹. Encore une fois, l'effet utile de l'annulation trouve son fondement dans l'injonction. Le juge de l'injonction se rapproche ici aussi du juge de l'annulation et du plein contentieux objectif⁴⁰. Pour que ce rapprochement soit total, le juge administratif devra faire le choix d'un abandon du principe de l'économie de moyens. En présence d'une pluralité de moyens, le juge n'aura plus la liberté de choisir un moyen de légalité externe ou interne⁴¹ sur lequel se fonder pour vider le litige sans avoir « besoin de statuer sur les autres moyens de la requête »⁴².

Cette coutume sans fondement juridique⁴³ n'a pas résisté à l'audace du législateur dans le contentieux de l'urbanisme. La loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 oblige le juge à apprécier « l'ensemble des moyens de la requête (...) susceptibles de fonder l'annulation » pour excès de pouvoir⁴⁴. L'abandon de l'économie de moyens semble être une évolution souhaitable pour garantir l'effet utile de l'annulation sur le fondement de l'injonction.

2. L'appréciation globalisée des moyens d'une décision d'annulation assortie de conclusions à fin d'injonction : garantie juridictionnelle de la légalité effective

Le cantonnement de l'économie de moyens à l'avantage de conduire à s'interroger sur la construction même des décisions de justice administrative. Le choix d'une hiérarchisation des moyens avec la jurisprudence *Eden* oblitère l'importance que revêt l'appréciation des moyens ou plus exactement du dispositif du jugement dans la théorie de l'appel. L'abandon de la pratique de l'économie de moyens obligerait le juge administratif à prendre en considération l'intégralité des moyens tant de légalité interne que de légalité externe. Cette problématique centrale influence l'effectivité des pouvoirs d'injonctions du juge administratif⁴⁵. Ce

dernier aura tendance, pour plus de facilité, à choisir un moyen de légalité externe et donc d'enjoindre sur le fondement de l'article L911-1 du Code de justice administrative. Le requérant sera considéré comme satisfait dans sa demande sans qu'un possible moyen de légalité interne ait été pris en compte. Ce « choix de confort »⁴⁶ doit conduire à une transformation profonde de l'office du juge de l'annulation saisi de conclusions subsidiaires à fin d'injonction.

Plusieurs solutions sont offertes au juge administratif avec des oppositions plus ou moins dirimantes. La solution la plus aisément applicable est celle déjà citée de la création d'un article L600-4-1 du Code de l'urbanisme au sein du CJA. Le juge aurait donc l'obligation juridique de se prononcer sur tous les moyens sous peine d'une sanction d'irrégularité du jugement⁴⁷.

La solution la plus opérante semble être celle d'une modification de la théorie de l'appel pour la fonder non plus sur le dispositif du jugement mais sur les différents moyens. Cette approche aurait comme contrainte de réduire l'accès au juge d'appel en augmentant la charge de travail pour les juges du fond⁴⁸, mais l'avantage d'être au plus près des intérêts du requérant et de ce fait de vider complètement le litige.

Quelles que soient les solutions adoptées par le juge administratif dans les années à venir, le choix devra être celui de la prise en compte de la cause juridique du litige pour permettre de limiter l'influence de « la substance » des moyens sur l'annulation⁴⁹ avant l'expiration du délai de recours contentieux.

Le pouvoir d'injonction du juge administratif tel que conçu depuis 2018-2019 ne se contente pas d'induire le rapprochement des offices du juge de l'annulation et du juge de l'exécution. Si pour certains, ce pouvoir traduit une mutation profonde de l'excès de pouvoir, pour d'autres, il est le symptôme d'une incorporation du plein contentieux dans l'excès de pouvoir et inversement⁵⁰. Le pouvoir d'injonction a l'avantage de mobiliser le juge de l'annulation pour en faire un juge de l'exécution à N+1. Si le juge de l'excès de pouvoir n'a pas vocation à se transformer pleinement en un juge de pleine juridiction, le Conseil d'État ne pourra lutter indéfiniment contre un rapprochement du recours pour excès de pouvoir et du plein contentieux objectif pour les actes individuels.

39 Cons. 8, CE, sect., 21 déc. 2018, n° 409678, Société Eden.

40 CE, 5 avr. 2019, n° 413712, Société mandataires judiciaires associés, mandataire liquidateur de la société centre d'exportation du livre français : Lebon 2019, p. 116 ; AJDA 2019, p. 785.

41 F. Dieu, « La règle de l'économie de moyens doit-elle paralyser le pouvoir d'injonction du juge administratif ? », AJDA 2009, p. 1082.

42 CE, 29 mai 1963, n° 54245, Maurel : Lebon, p. 534.

43 CE, sect., 28 janv. 1966, n° 60273, Société « La Purfina française » : Lebon 1966, p. 68.

44 Loi codifiée à l'article L600-4-1 du Code de l'urbanisme.

45 J. Kahn, concl. sur CE, sect., 23 mars 1956, n° 3587, Dame veuve Ginestet : Lebon, p. 141 ; AJDA 1956, p. 164. Selon le président Kahn dans ses conclusions, l'illégalité externe est « celle qui, une fois constatée, laisse intacte la faculté, pour l'administration, de refaire l'acte sans violer la chose jugée par le juge de l'excès de pouvoir. Au contraire, l'annulation pour illégalité interne peut être comprise comme celle qui, sauf exception, interdit à l'administration de reprendre la même décision ». Selon ces définitions, la nature de l'illégalité influence directement l'injonction.

46 F. Dieu, « La règle de l'économie de moyens doit-elle paralyser le pouvoir d'injonction du juge administratif ? », AJDA 2009, p. 1082.

47 E.-X. Brechot, « Pouvoir d'injonction et économie de moyens : une évolution qui se fait attendre », AJDA 2018, p. 398.

48 S. Roussel, « Le requérant, le juge et la hiérarchie des demandes », RFDA 2019, p. 281.

49 CE, sect., 21 déc 2018, n° 409678, Société Eden.

50 D. Bailleul, « La normalisation du contrôle de légalité des actes administratifs individuels : de l'excès de pouvoir à la pleine juridiction », RFDA 2022, p. 824.

II. L'opportunité d'une nouvelle classification du contentieux administratif français

La reconnaissance en deux temps⁵¹ d'une injonction spécifique au juge du plein contentieux a connu très brièvement une apothéose avec la reconnaissance d'une injonction indépendante de toutes conclusions subsidiaires. Le caractère attractif des dommages de travaux publics n'a pas résisté à la volonté du Conseil d'État de limiter l'injonction dans le droit de la responsabilité administrative (A) en la reléguant ici aussi à un rôle secondaire (B).

A. L'encadrement du pouvoir d'injonction dans le plein contentieux subjectif

Récemment, le Conseil d'État a fait le choix étonnant d'encadrer le pouvoir d'injonction dans le cadre de la responsabilité pour faute de la personne publique. L'avis du Conseil d'État en date du 12 avril 2022 relègue l'injonction à une place secondaire. La sanctuarisation des conclusions indemnitaires dans ce contentieux (1) interroge la notion de réparation du préjudice (2).

1. La préservation du caractère indemnitaire de la responsabilité pour dommages de travaux publics

Par un avis contentieux en date du 12 avril 2022⁵², le Conseil d'État a répondu aux « difficultés d'interprétation »⁵³ que suscitait l'existence d'une action à fin d'injonction dans le cadre des dommages de travaux publics en consacrant le caractère subsidiaire de l'injonction. Cette conception restrictive de l'injonction en matière de responsabilité étonne. Depuis 2015 et la consécration « en vertu de ses pouvoirs de pleine juridiction » d'un pouvoir d'injonction⁵⁴ en matière d'activités de police, le Conseil d'État s'est efforcé de construire un édifice prétorien « favorable à l'injonction en matière de travaux publics »⁵⁵.

L'avis récent du Conseil d'État fait de l'injonction une pratique de plein contentieux complémentaire de conclusions indemnitaires. Sans jamais se fonder sur le

cadre législatif de l'article L911-1 du CJA, le Conseil d'État complète sa conception restrictive de l'injonction consacrée dans l'arrêt *Commune de Chambéry*⁵⁶ dans le cadre de la responsabilité sans faute en matière de travaux publics. Le juge administratif revient surtout sur sa décision de 2020⁵⁷ qui permettait au requérant de formuler des conclusions en ce sens sans exigence d'un recours au fond⁵⁸.

Si, pour faire cesser un comportement fautif de la personne publique qui cause un préjudice, le requérant doit à présent se fonder sur une action indemnitaire assortie de conclusions à fin d'injonction, il en est de même dans le cas « d'une action de responsabilité sans faute pour dommage de travaux publics »⁵⁹. Cet avis contentieux ne doit pas être interprété comme un revirement de jurisprudence mais comme le moyen, pour le Conseil d'État, de compléter⁶⁰ une évolution jurisprudentielle débutée par la jurisprudence *M. Baey*. Le Conseil d'État ne fait que confirmer le sentiment d'un triple encadrement de l'injonction⁶¹ dans le but de contraindre l'incursion de la réparation en nature au sein du contentieux des dommages de travaux publics⁶².

2. La prévalence des conclusions d'injonction liées à la réparation du préjudice

En matière de responsabilité pour dommages de travaux publics, le juge de l'injonction n'a rien d'un juge préventif. L'avis contentieux en date du 12 avril 2022 précédemment cité enterre définitivement la possibilité d'une injonction au principal dans le droit de la responsabilité susvisée. Le triple encadrement de l'injonction et son caractère fondamentalement subsidiaire enferment le requérant dans une quête vaine : celle d'obtenir une réparation intégrale au sein du contentieux des dommages de travaux publics. Si cette réparation est, en vérité, un objectif poursuivi par le juge, elle laisse sa place à une indemnisation du préjudice subi en cas de prévalence d'un comportement fautif de la part de la personne publique.

L'innovation fondamentale du Conseil d'État se trouve alors dans l'intégration de l'injonction comme

51 CE, 27 juill. 2015, n° 367484, *Baey* : *Lebon* 2015, p. 285 ; *AJDA* 2015, p. 1514 ; *AJDA* 2015, p. 2277, note A. Perrin ; *AJCT* 2016, p. 48, obs. S. Defix – CE, 18 mars 2019, n° 411462, *Commune de Chambéry* : *AJDA* 2019, p. 614 ; *AJDA* 2019, p. 2002, note J.-P. Ferreira.

52 CE, avis., 12 avr. 2022, n° 458176, *Société La Closerie* : *JCP A* 2022, act. 295, p. 2214.

53 G. Eveillard, note sur CE, avis., 12 avr. 2022, n° 458176, *Société La Closerie* : *Dr. adm.* 2022, comm. 30.

54 CE, 27 juill. 2015, n° 367484 : *M. Baey c/ Commune d'Hébuterne* : *Lebon* 2015, p. 285 ; *AJDA* 2015, p. 2277, note A. Perrin ; *Dr. adm.* 2015, comm. 78, note C. Zacharie.

55 J.-F. Ferreira, « Injonction et responsabilité sans faute dans le contentieux des dommages de travaux publics », *AJDA* 2019, p. 2002.

56 CE, 18 mars 2019, n° 411462, *Commune de Chambéry* : *Procédures* 2019, comm. 179.

57 CE, 27 janv. 2020, n° 427079, *Syndicat mixte d'assainissement du Val-Notre-Dame*.

58 M.-C. Rouault, « Sans conclusions indemnitaires, des conclusions à fin qu'il soit enjoint à la personne publique de mettre fin à un comportement fautif sont irrecevables », *AJCT* 2022, p. 467.

59 CE, avis., 12 avr. 2022, n° 458176, *Société La Closerie* : *Dr. adm.* 2022, comm. 30, note G. Eveillard.

60 H. Pauliat, note sur CE, avis., 12 avr. 2022, n° 458176, *Société La Closerie*, *JCP A* 2022, act. 295, p. 2214.

61 L'injonction est soumise depuis 2015 à un triple encadrement. Ainsi, le requérant doit prouver la présence d'un comportement fautif lui causant un préjudice qui dure dans le temps, notamment quand le juge statue et qu'il formule des conclusions en ce sens.

62 CE, 28 mai 1852, *Babelard* : *Lebon* 1852, p. 195.

une modalité de réparation du préjudice. Les conclusions à fin d'injonction ne sont donc que des « modalités d'exécution » liées à « la chose jugée sur des conclusions principales »⁶³. L'injonction ne serait pas uniquement une mesure corrective mais le moyen de réparer le dommage, de replacer la victime dans une situation de *statu quo ante*. L'injonction permet donc de faire cesser le dommage ou, à défaut, d'en « pallier les effets »⁶⁴.

L'apport principal de cet avis contentieux réside alors dans la complémentarité entre l'indemnisation du préjudice et le pouvoir d'injonction du juge de plein contentieux⁶⁵. Cette conception se trouve en adéquation avec la distinction existante entre les finalités poursuivies par la réparation et les mesures correctives. Si la réparation vise, dans le passé, la pleine compensation pécuniaire ou indemnitaires du préjudice, la mesure corrective influence de manière contraignante et pour l'avenir le comportement du débiteur⁶⁶. Partant du principe que « le prononcé d'injonction »⁶⁷ a pour finalité la correction d'un « comportement illicite du « débiteur », ces conclusions subsidiaires constituent, de ce fait, « un remède (...) à l'irrespect du droit »⁶⁸. Cette « modalité de réparation » du préjudice consacre le caractère indemnitaires de ladite responsabilité (citée au point 2 de l'avis comme étant « le versement d'une indemnité ») tout en permettant une certaine réparation en nature par l'intervention (nommée au même point 2 des « mesures dont il définit la nature et les délais d'exécution »). Le Conseil d'État réussit ici à concilier la traditionnelle réparation indemnitaires du préjudice et une artificielle « remise en état des choses »⁶⁹. L'avis contentieux du 12 avril 2022 n'a donc rien d'étonnant. L'injonction « prescrite par le juge »⁷⁰ vise seulement à faire cesser le comportement de la personne publique et non à compenser l'atteinte portée au requérant.

B. Le rapprochement du contentieux de l'excès de pouvoir et du plein contentieux objectif

Depuis environ quatre ans, le Conseil d'État s'efforce de créer une nouvelle appréciation temporelle du recours pour excès de pouvoir. Le nouveau juge de l'injonction devient tant le juge du passé, et du présent que du futur. La prégnance de l'injonction dans l'effet utile de l'annulation doit remettre l'intérêt du juge de la légalité au centre de l'office de l'excès de pouvoir (2), pour faire de ce dernier un juge d'office transcendant de la légalité effective (1).

1. La création d'un « mégaoffice » du juge de la légalité effective

La proposition d'une fusion du recours pour excès de pouvoir et du plein contentieux objectif n'a rien d'une novation contemporaine. Pour autant, elle n'est pas dénuée de critiques.

La construction prétorienne du pouvoir d'injonction du juge administratif « s'est faite sans considération » de la classification du contentieux administratif français⁷¹. Ce choix n'est pas celui d'un juge indifférent à cette problématique mais d'un juge de l'injonction défini comme étant un juge de plein contentieux. Pour autant, les conclusions à fin d'injonction n'ont jamais été considérées comme relevant du plein contentieux objectif⁷².

L'abandon du principe selon lequel le juge de l'excès de pouvoir apprécie la légalité de la décision à la date de son édicton ou encore la création d'une injonction d'office renforcent le pressentiment d'une classification de plus en plus inopérante des différents contentieux de la légalité. L'identité du juge de l'excès de pouvoir est modifiée pour prendre en compte pleinement les conséquences à N+1 de ses annulations et, dans un futur plus ou moins proche de ses abrogations. *A minima*, cette « banalisation » du pouvoir d'injonction traduit le caractère profondément « protéiforme » de l'excès de pouvoir⁷³. *A maxima*, la nouvelle physionomie tangente du juge de l'annulation injonctive fait de lui un juge de la légalité au sein du plein contentieux objectif⁷⁴. L'appréciation temporalisée de l'effet utile de l'annulation sur le fondement de l'article L911-1 du CJA traduit une « assimila-

63 G. Pellissier, concl. sur. CE, sect., 6 déc. 2019, n° 417167, Syndicat des copropriétaires du Monte-Carlo Hill, Lebon 2019, p. 445 ; JCP A 2020, act. 788 ; Dr. adm. 2020, comm. 16, G. Éveillard.

64 CE, avis., 12 avr. 2022, n° 458176, Société La Closerie ; JCP A 2022, act. 295, p. 2214, note H. Pauliat.

65 H. Pauliat, note sur CE, avis., 12 avr. 2022, n° 458176, Société La Closerie, JCP A 2022, act. 295, p. 2214.

66 A. Perrin, *L'injonction en droit public français*, thèse, 2007, Panthéon-Assas, Thèses, 2009, p. 150.

67 CE, avis., 12 avr. 2022, n° 458176, Société La Closerie ; JCP A 2022, act. 295, p. 2214, note H. Pauliat.

68 A. Perrin, *L'injonction en droit public français*, thèse, 2009, Panthéon-Assas, Thèses, p. 151.

69 C. Cormier, *Le préjudice en droit administratif français. Étude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, thèse, 2002, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 228, p. 411.

70 A. Perrin, *L'injonction en droit public français*, thèse, 2009, Panthéon-Assas, Thèses, p. 147.

71 H. Petit-Collin, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, thèse, 2011, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 269, p. 162, EAN : 9782275037325.

72 H. Petit-Collin, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, thèse, 2011, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 269, p. 160, EAN : 9782275037325.

73 B. Defoort, note ss CE, 19 juill. 2019, n° 424216, Association des Américains accidentels, JCP G 2019, p. 1193.

74 J. Waline, « Plein contentieux et excès de pouvoir », RDP 2015, p. 1551.

tion jurisprudentielle » certaine entre le recours pour excès de pouvoir et le plein contentieux objectif⁷⁵. L'appréhension d'illégalité nouvelle ou la disparition de ladite illégalité à la suite de changement de circonstances vont dans ce sens et confirment ce qui se fait déjà au sein du plein contentieux⁷⁶.

La capacité donnée au juge administratif « de prendre une mesure dans un sens déterminé » ou bien « celle de reprendre une décision »⁷⁷ au sens des dispositions des articles L911-1 et L911-2 du Code de justice administrative vide de sens la distinction entre injonction et réformation⁷⁸ pour en faire une « même chose »⁷⁹.

2. Le renouveau d'un pouvoir d'injonction fondé sur l'intérêt du juge administratif

La possibilité donnée au juge d'enjoindre d'office à l'administration est, sans doute, l'évolution la plus notable de ce nouvel office de la légalité. À la différence des injonctions fondées sur les premiers alinéas des articles L911-1 et L911-2 du CJA, l'injonction d'office témoigne de l'intérêt du juge administratif à faire respecter le principe de légalité. Il ne faut pas penser que le pouvoir d'injonction induit exclusivement la subjectivisation du recours pour excès de pouvoir. Au sens strict du terme, l'injonction n'est pas la prise en compte des droits subjectifs des requérants.

L'incursion de la notion d'effet utile dans le recours pour excès de pouvoir par la jurisprudence *Association*

des Américains accidentels s'analyse comme la justification de l'intervention du juge administratif « pour le rétablissement de la légalité » et non comme intervenant « pour les seuls intérêts du requérant ». Le pouvoir d'injonction est donc « un outil contentieux (...) au service [de] la mission impartie au recours pour excès de pouvoir »⁸⁰. L'effet utile de l'annulation ne se trouve pas uniquement dans le pouvoir d'injonction mais dans le principe de légalité tel que défini en 1950 par la jurisprudence *Dame Lamotte*. L'outil injonctif du juge administratif n'a donc rien d'un outil au service des justiciables. *A minima*, la hiérarchisation des moyens par les requérants atténue le caractère objectif de la stricte annulation rétroactive. À juste titre, Sophie Roussel différencie le caractère concret et le caractère subjectif du contrôle de légalité par l'intervention de l'injonction⁸¹. Le pouvoir d'injonction se fonde sur l'intérêt effectif du juge administratif qu'il a d'assurer « le respect de la légalité »⁸².

Le pouvoir d'injonction transcende la classification historique des contentieux administratifs français en atténuant le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir. Le rapprochement des offices du juge de l'annulation et du juge de l'exécution transforme l'annulation injonctive tout en préservant l'existence du recours pour excès de pouvoir. À ce jour, le juge de l'injonction est devenu un juge de plein contentieux au service d'une légalité pleinement effective.

75 F. Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, thèse, 2001, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 212, p. 81, EAN : 9782275020280.

76 CE, 25 nov. 1998, n° 181242, Département du Nord : RFDA 1999, p. 248.

77 D. Bailleul, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, thèse, 2002, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 220, p. 366, EAN : 9782275021195.

78 D. Bailleul, « La normalisation du contrôle de légalité des actes administratifs individuels : de l'excès de pouvoir à la pleine juridiction », RFDA 2022, p. 824.

79 F. Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, thèse, 2001, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 212, p. 84, EAN : 9782275020280.

80 S. Roussel, concl. sur. CE, sect., 19 nov. 2021, n° 437141 et 437142, Association des avocats ELENA France, RFDA 2019, p. 281.

81 S. Roussel, concl. sur. CE, sect., 19 nov. 2021, n° 437141 et 437142, Association des avocats ELENA France, RFDA 2019, p. 281.

82 CE, ass., 17 févr. 1950, n° 86949, Ministre de l'Agriculture c/ M^{me} Lamotte : Lebon 1950, p. 110 ; *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15^e éd., 2005, p. 406.