CONCOURS INTERNE DE REDACTEUR TERRITORIAL
Spécialité « administration générale »

Mercredi 16 septembre 2009 à OLORON-SAINTE-MARIE

****

REDACTION D'UNE NOTE ADMINISTRATIVE A PARTIR D'UN DOSSIER REMIS AU CANDIDAT PORTANT SUR LE **DROIT PUBLIC EN RELATION AVEC LES MISSIONS DES COLLECTIVITES TERRITORIALES**

(Durée : 3 heures – Coefficient 4)

****

Vous êtes rédacteur territorial dans les services administratifs d'une ville de 100 000 habitants. Il vous est demandé de faire le point dans une note administrative de quatre à cinq pages sur l'amélioration du régime des circulaires tant par la voie contentieuse que par le biais de la réforme des conditions de leur publication. Vous disposez des documents suivants :

Document 1 : Décret n°2008-1281 du 8 décembre 2008 relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires (1 page)

Document 2 : Décret n°2009-471 du 28 avril 2009 relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires (1 page)

Document 3 : Rapport relatif au décret n°2008-1281 du 8 décembre 2008 (1 page)

Document 4 : Observations sous l'arrêt : CE Sect. 18 déc. 2002, Mme Duvignères – M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé : Grands arrêts de la jurisprudence administrative – 2007 (11 pages)

Document 5 : F. Donnat et D. Casas : Chronique générale de jurisprudence administrative française (Extrait) – ADJA - 2003 (3 pages)

Document 6 : P. Combeau et S. Formery : Le décret du 8 décembre 2008 : un nouvel éclairage sur le "droit souterrain" - ADJA - 2009 (8 pages)

DOCUMENT 1

Décrets, arrêtés, circulaires

TEXTES GÉNÉRAUX

PREMIER MINISTRE

Décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008 relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires

NOR : *PRMX0829188D*

Le Premier ministre,

Vu la Constitution, notamment son article 37,

Décrète :

Art. 1er. – Les circulaires et instructions adressées par les ministres aux services et établissements de l'Etat sont tenues à la disposition du public sur un site internet relevant du Premier ministre. Elles sont classées et répertoriées de manière à faciliter leur consultation.

Une circulaire ou une instruction qui ne figure pas sur le site mentionné au précédent alinéa n'est pas applicable. Les services ne peuvent en aucun cas s'en prévaloir à l'égard des administrés.

Cette publicité se fait sans préjudice des autres formes de publication éventuellement applicables à ces actes.

Art. 2. – L'article 1er prend effet à compter du 1er mai 2009.

Les circulaires et instructions déjà signées sont réputées abrogées si elles ne sont pas reprises sur le site mentionné à l'article 1er.

Art. 3. – Le présent décret sera publié au *Journal officiel* de la République française.

Fait à Paris, le 8 décembre 2008.

FRANÇOIS FILLON

Décrets, arrêtés, circulaires

TEXTES GÉNÉRAUX

PREMIER MINISTRE

Décret n° 2009-471 du 28 avril 2009 relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires

NOR : PRMX0909196D

Le Premier ministre,

Vu la Constitution, notamment son article 37 ;

Vu le décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008 relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires,

Décrète :

Art. 1er. – L'article 2 du décret du 8 décembre 2008 susvisé est complété par un alinéa ainsi rédigé : « Les dispositions du précédent alinéa ne s'appliquent pas aux circulaires et instructions publiées avant le 1er mai 2009 dont la loi permet à un administré de se prévaloir. »

Art. 2. – Le présent décret sera publié au *Journal officiel* de la République française.

Fait à Paris, le 28 avril 2009.

FRANÇOIS FILLON

DOCUMENT 3

JORF n°0287 du 10 décembre 2008 page 18777
texte n° 1

RAPPORT

Rapport relatif au décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008

NOR: PRMX0829186P

La prolifération des circulaires fait l'objet de critiques répétées de la part de membres du Parlement mais aussi des collectivités territoriales, des entreprises et plus largement de l'opinion.
Il serait sans doute illusoire de prétendre en interdire catégoriquement l'usage : les ministres ont besoin d'un instrument leur permettant de donner des instructions aux services de l'Etat pour assurer la cohérence de l'action du Gouvernement ; par ailleurs, les circulaires, en tant qu'elles unifient l'interprétation que fait l'administration du droit positif, sont un instrument de sécurité juridique et d'égalité devant la loi.
Ce rôle positif n'est toutefois assuré que si les citoyens sont mis à même de connaître l'existence des circulaires utilisées par les services et d'accéder aisément à leur contenu. Il suppose aussi que l'on se prémunisse contre la stratification de ces textes : on sait que, trop souvent, une circulaire vient s'ajouter à une précédente plus ancienne traitant du même sujet sans qu'on sache trop si elle s'y substitue ou la complète.
Tel est l'objet du présent décret qui oblige les administrations à mettre en ligne leurs circulaires sur un site unique relevant du Premier ministre.
Ainsi, les citoyens disposeront d'un répertoire clairement organisé et exhaustif des circulaires susceptibles de leur être appliquées.
Le rassemblement en un site unique permettra en outre d'actualiser plus facilement les circulaires, de supprimer celles qui sont obsolètes, de reprendre en un ensemble clair des instructions éparses. Enfin, en donnant une vue générale sur les circulaires produites par un même ministère, il devrait inciter à un effort d'autodiscipline.

ACTES ADMINISTRATIFS – CIRCULAIRES

CE Sect. 18 déc. 2002, Mme DUVIGNÈRES, Rec. 463, concl. Fombeur

(RFDA 2003.274, concl. Fombeur, et 510, note Petit ; AJ 2003.487, chr. Donnat et Casas ; JCP Adm. 2003, n° 5, p. 94, comm. J. Moreau ; LPA 23 juin 2003, note Combeau ; Mélanges Modrame, p. 357, art. Prétot)

Cons. que la demande de Mme Duvignères, à laquelle la lettre du 23 février 2001 du garde des Sceaux, ministre de la justice, dont l'annulation est demandée, a opposé un refus, doit être regardée, contrairement à ce qui est soutenu en défense, comme tendant à l'abrogation, d'une part, du décret du 19 déc. 1991 portant application de la loi du 10 juill. 1991 relative à l'aide juridique et, d'autre part, de la circulaire du 26 mars 1997 relative à la procédure d'aide juridictionnelle en tant que ces deux textes n'excluent pas l'aide personnalisée au logement des ressources à prendre en compte pour l'appréciation du droit des intéressés au bénéfice de l'aide juridictionnelle ;

Sur les conclusions tendant à l'annulation de la lettre du 23 févr. 2001 en tant qu'elle porte refus d'abroger partiellement le décret du 19 déc. 1991 :

Cons. que la loi du 10 juill. 1991 relative à l'aide juridique prévoit que cette dernière est accordée sous condition de ressources ; que son article 5 dispose que « sont exclues de l'appréciation des ressources les prestations familiales ainsi que certaines prestations à objet spécialisé selon des modalités prévues par décret en Conseil d'État » ; que l'article 2 du décret du 19 déc. 1991, pris sur le fondement de ces dispositions, indique que sont exclues des ressources à prendre en compte pour apprécier le droit au bénéfice de l'aide juridictionnelle « les prestations familiales énumérées à l'article L. 511-1 du Code de la sécurité sociale ainsi que les prestations sociales à objet spécialisé énumérées à l'article 8 du décret du 12 déc. 1988 (...) » ; que le premier de ces textes mentionne l'allocation de logement familiale mais non l'aide personnalisée au logement instituée par l'article L. 351-1 du Code de la construction et de l'habitation ; que cette dernière prestation n'est pas non plus au nombre de celles que retient l'article 8 du décret du 12 déc. 1988 relatif à la détermination du revenu minimum d'insertion ; qu'il résulte ainsi de l'article 2 du décret du 19 déc. 1991 que l'aide personnalisée au logement doit, à la différence de l'allocation de logement familiale, être prise en compte parmi les ressources permettant d'apprécier le droit au bénéfice de l'aide juridictionnelle ;

Cons. que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général,

pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit, dans l'un comme l'autre cas, en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des différences de situation susceptibles de la justifier ;

Cons. qu'il résulte des dispositions précitées de la loi du 10 juill. 1991 que le législateur a entendu, d'une part, exclure l'allocation de logement familiale des ressources à prendre en compte pour apprécier le droit au bénéfice de l'aide juridictionnelle, d'autre part, laisser au pouvoir réglementaire le soin de définir les modalités suivant lesquelles certaines « prestations sociales à objet spécialisé » doivent être retenues au même titre ; qu'ainsi, la possibilité de traiter de manière différente les personnes demandant le bénéfice de l'aide juridictionnelle, suivant qu'elles perçoivent l'aide personnalisée au logement ou l'allocation de logement familiale, résulte, dans son principe, de la loi ;

Cons., toutefois, que l'aide personnalisée au logement et l'allocation de logement familiale, qui sont exclusives l'une de l'autre, poursuivent des finalités sociales similaires ; qu'en outre, l'attribution à une famille de la première ou de la seconde dépend essentiellement du régime de propriété du logement occupé et de l'existence ou non d'une convention entre le bailleur et l'État ; que, par suite, le décret contesté ne pouvait, sans créer une différence de traitement manifestement disproportionnée par rapport aux différences de situation séparant les demandeurs d'aide juridictionnelle suivant qu'ils sont titulaires de l'une ou de l'autre de ces prestations, inclure l'intégralité de l'aide personnalisée au logement dans les ressources à prendre en compte pour apprécier leur droit à l'aide juridictionnelle ; qu'ainsi, le décret du 19 déc. 1991 méconnaît, sur ce point, le principe d'égalité ; que, dès lors, Mme Duvignères est fondée à demander l'annulation de la décision contenue dans la lettre du 23 févr. 2001 par laquelle le garde des Sceaux a refusé de proposer l'abrogation partielle de ce décret ;

Sur les conclusions tendant à l'annulation de la lettre du 23 févr. 2001 en tant qu'elle porte refus d'abroger partiellement la circulaire du 26 mars 1997 ;

Cons. que l'interprétation que par voie, notamment, de circulaires ou d'instructions l'autorité administrative donne des lois et règlements qu'elle a pour mission de mettre en œuvre n'est pas susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir lorsque, étant dénuée de caractère impératif, elle ne saurait, quel qu'en soit le bien-fondé, faire grief ; qu'en revanche, les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction doivent être regardées comme faisant grief, tout comme le refus de les abroger ; que le recours formé à leur encontre doit être accueilli si ces dispositions fixent, dans le silence des textes, une règle nouvelle entachée d'incompétence ou si, alors même qu'elles ont été compétemment prises, il est soutenu à bon droit qu'elles sont illégales pour d'autres motifs ; qu'il en va de même s'il est soutenu à bon droit que l'interprétation qu'elles prescrivent d'adopter, soit méconnaît le sens et la portée des dispositions législatives ou réglementaires qu'elle entendait expliciter, soit réitère une règle contraire à une norme juridique supérieure ;

Cons. que si la circulaire contestée du 26 mars 1997 se borne à tirer les conséquences de l'article 2 du décret du 19 déc. 1991, elle réitère néanmoins, au moyen de dispositions impératives à caractère général, la règle qu'a illégalement fixée cette disposition ; que, par suite, Mme Duvignères est recevable et fondée à demander l'annulation de la lettre du 23 févr.

2001, en tant qu'elle porte refus d'abroger dans cette mesure la circulaire contestée ;

(annulation de la décision du garde des Sceaux, ministre de la justice, du 23 févr. 2001 rejetant la demande d'abrogation partielle du décret du 19 déc. 1991 et de la circulaire du 26 mars 1997).

OBSERVATIONS

1 L'arrêt *Mme Duvignères* éclaircit le régime contentieux des circulaires, jusque-là aménagé dans la ligne de l'arrêt du Conseil d'État (Ass.) du 29 janv. 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker* (Rec. 64 ; RPDA 1954.50, concl. Tricot ; AJ 1954.II *bis*.5 chr. Gazier et Long ; RD publ. 1955.175, note M. Waline).

Il a été rendu au sujet des limites à l'aide juridictionnelle résultant du décret du 19 déc. 1991 et de la circulaire du garde des Sceaux, ministre de la justice, du 26 mars 1997 en rappelant le dispositif.

La loi du 10 juill. 1991 relative à l'aide juridique (qui remplace l'ancienne aide judiciaire) distingue l'aide juridictionnelle et l'aide à l'accès au droit. Elle en subordonne l'octroi à un plafond de ressources. Du calcul de celles-ci, elle exclut les prestations familiales ainsi que certaines prestations à objet spécialisé selon des modalités prévues par décret en Conseil d'État. Parmi celles que le décret du 19 déc. 1991 a déterminées figure l'allocation de logement familiale, mais non l'aide personnalisée au logement. La circulaire du 26 mars 1997 a réitéré cette solution.

Mme Duvignères, qui avait demandé le bénéfice de l'aide juridictionnelle, a essuyé un refus au motif que ses ressources, au nombre desquelles était comptée l'aide personnalisée au logement qu'elle percevait, dépassait le plafond conditionnant l'octroi de l'aide juridictionnelle.

Elle a alors demandé au garde des Sceaux l'abrogation du décret du 19 déc. 1991 et de la circulaire du 26 mars 1997 en tant qu'ils n'excluent pas l'aide personnalisée au logement des ressources à prendre en compte pour l'appréciation du droit des intéressés au bénéfice de l'aide juridictionnelle. Sa demande ayant été rejetée, elle a saisi le Conseil d'État par la voie du recours pour excès de pouvoir.

Sur le fond, l'arrêt qu'il a rendu fait une application intéressante du principe d'égalité (v. nos obs. sous CE 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire**). Il en rappelle d'abord les limites : « *le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit, dans l'un comme dans l'autre cas, en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des différences*

de situation susceptibles de la justifier ». La formule reprend celles du Conseil constitutionnel (par ex. *CC 87-232 DC 7 janv. 1988*, Rec. 17). Si celui-ci peut censurer la loi comme contraire à la Constitution, le Conseil d'État doit l'appliquer : c'est pourquoi il relève en l'espèce que le législateur a entendu lui-même exclure l'allocation de logement familiale des ressources à prendre en compte pour apprécier le droit au bénéfice de l'aide juridictionnelle ; mais, si la loi a laissé au pouvoir réglementaire le soin de déterminer en outre les solutions applicables aux prestations à objet spécialisé, il doit respecter le principe d'égalité. D'une comparaison entre l'allocation de logement familiale et l'aide personnalisée au logement, il apparaît que leurs différences ne sont pas suffisantes pour exclure l'une et non l'autre du calcul du plafond de ressources pour l'octroi de l'aide juridictionnelle : en incluant l'aide personnalisée au logement dans les ressources à prendre en compte, le décret du 19 déc. 1991 a méconnu le principe d'égalité ; le refus du garde des Sceaux, ministre de la justice d'en assurer l'abrogation sur ce point est donc annulé.

Cette annulation, donnant satisfaction à la requérante, aurait pu être considérée comme suffisante et rendre inutile l'examen de la circulaire du 26 mars 1997, qui ne faisait que reprendre le dispositif du décret du 19 déc. 1991. N'ajoutant rien à ce décret, elle aurait pu être considérée comme ne faisant pas grief et donc comme insusceptible d'être attaquée par la voie du recours pour excès de pouvoir : celui-ci aurait été jugé irrecevable autant contre le refus d'abroger la circulaire que contre la circulaire elle-même.

C'est à ce sujet que l'arrêt *Mme Duvignères* réalise une innovation importante : il admet que la circulaire, étant impérative, peut être déférée au juge administratif et, étant illégale, doit être annulée, ainsi que le refus de l'abroger.

Il règle ainsi le régime contentieux d'un grand nombre de mesures qui, sous des intitulés divers (circulaires, instructions, voire directives), sont prises par les chefs de service, et notamment les ministres, à l'égard de leur administration pour encadrer l'activité des bureaux – et auxquelles ces derniers attachent souvent plus d'importance qu'aux dispositions législatives et réglementaires à appliquer. Comme le disait M. Tricot dans ses conclusions sur l'arrêt *Institution Notre-Dame du Kreisker*, « *la circulaire est un pavillon qui peut recouvrir toutes sortes de marchandises : ordres du jour, conseils, recommandations, directives d'organisation et de fonctionnement, règles de droit* ». Il faut donc faire un tri pour déterminer les simples documents qui n'ont pas lieu d'être contestés et ceux qui doivent pouvoir l'être. Deux écueils doivent être évités : admettre trop largement le recours pour excès de pouvoir au point d'encombrer inutilement la juridiction administrative ; le restreindre au point de méconnaître l'importance pratique des circulaires dans la vie administrative et leurs effets sur les administrés.

L'arrêt *Mme Duvignères* réalise un nouvel équilibre en admettant que toute circulaire impérative fait grief (I) et peut donc faire l'objet d'un contrôle de légalité par la voie du recours pour excès de pouvoir (II).

2 **I.** — *« Les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction doivent être regardées comme faisant grief ».*

Par cette formule, l'arrêt dépasse la distinction des circulaires interprétatives et des circulaires réglementaires qui prévalait depuis l'arrêt *Notre-Dame du Kreisker* (A) pour ne retenir que l'autorité qu'entend y attacher leur auteur (B).

A. — La distinction des circulaires interprétatives et des circulaires réglementaires qui a longtemps prévalu pouvait paraître simple et par là même satisfaisante (1°). Pourtant cette dichotomie a progressivement été ébranlée (2°).

1°) Les circulaires interprétatives, qui commentent un texte, rappellent une solution, voire recommandent un certain comportement sans l'exiger, ont longtemps été considérées comme ne faisant pas grief et donc comme insusceptibles de recours parce qu'elles n'ajoutent rien à l'état du droit.

Ont donc été déclarés irrecevables les recours contre les circulaires par lesquelles le ministre se borne à faire connaître la façon dont il comprend les dispositions qu'il est chargé d'appliquer ou de faire appliquer par les services (CE 10 juill. 1995, *Association « Un Sysiphe »*, Rec. 292 ; AJ 1995.644, concl. Schwartz ; DA févr. 1996, note Lajartre ; JCP 1995.II.22519, note Ashworth : « par sa circulaire du 20 sept. 1994, le ministre de l'éducation nationale s'est borné, après avoir donné son interprétation du principe de laïcité, à demander aux chefs d'établissement destinataires de ladite circulaire de proposer aux conseils d'administration de leurs établissements une modification des règlements intérieurs conforme à cette interprétation ; une telle instruction ne contient, par elle-même, aucune disposition directement opposable aux administrés susceptible d'être discutée par la voie du recours pour excès de pouvoir »).

3 En revanche, sont réglementaires et pouvaient donner lieu à un recours pour excès de pouvoir les circulaires qui créent une véritable règle de droit opposable aux intéressés (CE Ass. 1er avr. 1949, *Chaveneau*, Rec. 161 – v. n° 50.3 : circulaire décidant la suppression des services d'aumônerie dans les lycées, privant ainsi les élèves internes de la possibilité de pratiquer leur culte et de recevoir un enseignement religieux ; – CE Ass. 29 janv. 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, précité : circulaire du ministre de l'éducation nationale fixant des règles nouvelles pour la constitution de

dossiers de demandes de subvention adressées aux départements par des établissements privés d'enseignement secondaire).

La distinction de l'interprétatif et du réglementaire ne valait pas seulement pour les circulaires entre elles ; elle traversait les circulaires elles-mêmes, leurs dispositions pouvant être les unes seulement interprétatives, les autres réglementaires ; parmi ces dernières, une nouvelle distinction pouvait s'ouvrir selon qu'elles sont légales ou illégales (CE 13 janv. 1975, *Da Silva et CFDT*, Rec. 16 ; v. 90.5).

4 *2°)* Claire dans son principe, la distinction des circulaires interprétatives et des circulaires réglementaires n'en était pas moins malaisée à mettre en œuvre. Son application n'était ni absolument constante ni toujours indiscutable.

Certains arrêts relevaient que le ministre s'était borné à interpréter les dispositions d'une loi ou d'un règlement, ou à donner à ses subordonnés des directives pour leur application, alors que l'examen de la circulaire litigieuse faisait apparaître qu'en réalité le ministre avait posé des règles de droit nouvelles. C'est ainsi qu'a été considérée comme non réglementaire, une circulaire prévoyant la prise en compte d'un critère additionnel relatif à l'emploi pour l'attribution des marchés publics, qui n'aurait constitué qu'une simple déclaration d'intention sans créer un nouveau critère de choix, alors qu'elle incitait au moins à attacher de l'importance à une telle déclaration (CE 10 mai 1996, *Fédération nationale des travaux publics*, Rec. 164 ; CJEG 1996.433 et RFDA 1997.13, concl. Fratacci ; AJ 1997.196, note Maljean-Dubois ; D. 1997.SC.110, obs. Terneyre). De telles décisions risquaient d'avoir pour effet de donner aux ministres la possibilité de s'attribuer par voie de circulaires un véritable pouvoir réglementaire de fait, dépassant le cadre limité de la jurisprudence *Jamart** et soustrait à tout contrôle juridictionnel.

5 Ces inconvénients ont conduit le Conseil d'État à resserrer son contrôle sur des circulaires, par étapes dont Melle Fombeur a montré la succession dans ses conclusions sur l'arrêt *Mme Duvignères*.

Il est allé, pour déterminer si une circulaire est un acte susceptible de recours pour excès de pouvoir, jusqu'à commencer par examiner si elle est conforme à la légalité : de la réponse dépend la nature de la circulaire. Si elle est légale, elle ne fait pas grief ; c'est sa légalité qui la fait apparaître interprétative ; en revanche, si elle est illégale, elle est réglementaire : elle peut être attaquée et doit être annulée. Le raisonnement est très net dans l'arrêt du 15 mai 1987, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, Rec. 175 ; RFDA 1988.145, concl. Marimbert ; on le retrouve dans l'arrêt *GISTI** du 29 juin 1990 et dans l'arrêt (Sect.) du 2 juin 1999, *Meyet*, Rec. 161 – v. n° 95.13.

Une étape nouvelle a été franchie par l'arrêt du 18 juin 1993, *Institut français d'opinion publique*, Rec. 178 ; RA 1993.322, concl.

Scanvic : le caractère interprétatif et le caractère impératif d'une circulaire y sont pris également en considération, mais c'est seulement dans la mesure où l'interprétation donnée par la circulaire est contraire à la légalité qu'elle peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

L'examen de la légalité de l'interprétation a donné lieu à deux courants jurisprudentiels ainsi résumés par Melle Fombeur : pour l'un, *« le juge doit tenir compte de l'ensemble du droit applicable pour vérifier que la circulaire en donne une correcte interprétation »* ; pour l'autre, *« la circonstance que le texte interprété par la circulaire serait illégal n'est pas de nature à conférer un caractère réglementaire à la circulaire »*.

L'arrêt *Villemain* du 28 juin 2002 (v. n° 43.4) est allé dans le sens du premier courant. En modifiant la place de la formule désignant les *« dispositions impératives »* pour la mettre au début du considérant de principe (« l'interprétation que l'autorité administrative donne au moyen de dispositions impératives à caractère général des lois et règlements... »), il insiste sur le caractère impératif ; en examinant la circulaire attaquée au regard d'une loi créant une situation juridique nouvelle qui, sans rendre illégaux les textes réglementaires en vigueur, imposent d'apporter, dans un délai raisonnable, les modifications rendues nécessaires par les exigences inhérentes à la hiérarchie des normes, il révèle que l'interprétation donnée par la circulaire doit être examinée par rapport à la légalité dans son ensemble. Si la formation de jugement qui l'a rendu (l'Assemblée du contentieux) lui donne une autorité particulière, elle avait été saisie plus au sujet des conséquences à tirer de la loi sur le pacte civil de solidarité qu'à propos du statut contentieux des circulaires.

6 *B.* — C'est cette seule question qui a justifié l'examen en Section de l'affaire *Mme Duvignères*. Il y est répondu par référence à la volonté de l'auteur de la circulaire (1°) et non plus à l'état du droit en vigueur (2°).

1°) L'arrêt se prononce sur les circulaires ou instructions par lesquelles une autorité administrative donne l'interprétation des lois et règlements qu'elle a mission de mettre en œuvre. On pourrait dire qu'il s'agit de circulaires interprétatives si l'expression ne risquait d'introduire une confusion avec la signification qu'elle avait dans la jurisprudence antérieure refusant d'y voir des actes faisant grief.

Car désormais, ce n'est pas parce qu'une circulaire donne une interprétation des textes applicables qu'elle ne fait pas grief. La solution dépend non de son objet (l'interprétation) mais de son effet (l'obligation) : – lorsqu'elle est *« dénuée de caractère impératif »*, *« elle ne saurait... faire grief »* ; – en revanche, *« les dispositions impératives... doivent être regardées comme faisant grief »*.

La première n'est donc pas susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, les secondes, si. C'est précisément le cas de la circulaire contestée du 26 mars 1997, qui, « *au moyen de dispositions impératives de caractère général* », inclut l'aide personnalisée au logement dans les ressources à prendre en compte pour l'examen des demandes d'aide juridictionnelle.

La distinction des circulaires impératives et des circulaires non impératives se substitue donc à celle des circulaires réglementaires et des circulaires interprétatives.

Elle ne la contredit pas complètement, car des dispositions impératives à caractère général sont en réalité des dispositions réglementaires. De plus, on peut hésiter, comme dans le cadre de la jurisprudence *Notre-Dame du Kreisker*, sur le degré d'autorité que l'auteur d'une circulaire attache à celle-ci. Si des formules catégoriques ne soulèvent pas de difficulté, d'autres peuvent rester ambiguës : le juge doit s'attacher à identifier ce qui constitue une prescription et ce qui reste une opinion (par ex. CE 26 avr. 2006, *Syndicat des avocats de France*, Rec. 201, à propos de la circulaire relative à la procédure du « plaider coupable »). En outre, au sein d'un même document, pourront encore se trouver des dispositions impératives et d'autres qui ne le sont pas. La ligne de partage des clauses, claire dans son principe, pourra comporter en pratique des sinuosités.

Elle n'épuise pas tous les cas de circulaires puisque l'arrêt *Mme Duvignères*, comme l'arrêt *IFOP*, ne vise que celles donnant une interprétation des lois et règlements.

Or les circulaires peuvent avoir un objet autre : l'exemple le plus simple est donné par celles que les chefs de service et notamment les ministres prennent pour assurer l'organisation et le fonctionnement des services placés sous leur autorité en application de la jurisprudence *Jamart** du 7 févr. 1936, sans donner explicitement ou implicitement aucune interprétation des textes. Mais, dès lors qu'elles comportent des dispositions impératives à caractère général, ce sont des circulaires réglementaires, faisant grief autant sinon plus que celles qui ont pour objet une interprétation. On peut trouver aussi des circulaires de chefs de service qui ne portent pas sur une interprétation ni ne prescrivent un comportement mais le permettent (par ex. une circulaire prévoyant des punitions scolaires collectives : CE 8 mars 2006, *Fédération des conseils des parents d'élèves des écoles publiques*, Rec. 112 ; AJ 2006.1107, concl. Keller ; DA 2006, n° 97, note Taillefait).

Cette catégorie de circulaires, si elle n'est pas formellement évoquée par la jurisprudence *IFOP-Duvignères*, n'en doit pas moins être englobée dans les distinctions qu'elle commande : il existe d'une part des circulaires non impératives, portant ou non sur une interprétation, et qui donc ne font pas grief, d'autre part des circulaires impératives, imposant une solution, que celle-ci soit liée ou

non à l'interprétation du droit – et quelle que soit cette interprétation par rapport à l'état du droit antérieur.

7 *2°)* À cet égard l'arrêt *Mme Duvignères* lève les ambiguïtés que la jurisprudence pouvait comporter.

En principe une décision qui ne fait que reprendre une décision antérieure, n'ayant aucun effet de droit nouveau, ne fait pas grief et ne peut donc être attaquée par la voie du recours pour excès de pouvoir. On en trouve des exemples en dehors des circulaires avec les décisions « confirmatives » (CE Ass. 12 oct. 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France*, Rec. 391 ; JCP 1980.II.19288, concl. Franc, note Boré ; AJ 1980.248, note Debouy ; D. 1979, J. 606, note Bénabent : articles du nouveau Code de procédure civile qui se bornent à reproduire, sous réserve de modifications de pure forme, les articles de décrets toujours en vigueur). C'est également parce qu'elles n'ajoutaient rien aux textes applicables que des circulaires étaient considérées comme interprétatives, et donc comme ne faisant pas grief, par la jurisprudence *Notre-Dame du Kreisker*.

Toutefois les solutions n'étaient pas constantes. En dehors des circulaires, des décisions nouvelles peuvent faire grief (ainsi un décret qui, concernant le champ d'application d'une imposition, *« n'a pas fixé de règles nouvelles »* : CE 19 déc. 1979, *Société de droit anglais Hoverlooyd Limited*, Rec. 474 ; un décret qui, rappelant les articles limitant les droits à indemnité, *« s'est borné à faire application des règles de l'expropriation »* : CE Ass. 16 janv. 1981, *Fédération des associations de propriétaires et agriculteurs de l'Île-de-France et Union nationale de la propriété immobilière*, Rec. 19) : même si elles n'ajoutent rien au fond, ces mesures présentent un aspect nouveau en ce qu'elles sont prises pour l'application d'un texte antérieur et supérieur.

Il en va de même désormais pour les circulaires impératives : elles aussi, même si quant au fond, elles n'ajoutent rien aux textes qu'elles interprètent, en commandent l'application. À cet égard elles ont un effet d'autant plus fort que des fonctionnaires leur accordent plus d'importance ou, en tout cas, leur apportent plus d'attention qu'aux textes qu'elles reprennent. *« C'est par souci de réalisme et d'efficacité »* (chr. Donnat et Casas) que l'arrêt *Mme Duvignères* admet qu'elles peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir même si elles ne font que réitérer une règle. Ainsi a pu être examinée au fond une circulaire sur le port de signes religieux à l'école qui se borne à interpréter la loi sans en méconnaître le sens et la portée ni violer aucune norme internationale (CE 8 oct. 2004, *Union française pour la cohésion nationale*, Rec. 367 ; RFDA 2004.977, concl. Keller ; AJ 2005.43, note Rolin ; JCP Adm. 2004.1711, note Tawil) alors que naguère le recours aurait été rejeté comme irrecevable (*cf.* CE 10 juill. 1995, *Association « Un Sysiphe »*, précité).

L'arrêt *Mme Duvignères* ne parle de réitération qu'à propos du caractère illégal de la règle réitérée. Mais ce n'est pas parce que cette règle est illégale que la circulaire la réitérant est un acte faisant grief : elle fait grief d'abord en ce qu'elle est impérative ; l'illégalité de la règle qu'elle réitère a seulement pour effet d'entraîner sa propre illégalité.

8 **II.** — Le recours formé à l'encontre des circulaires impératives permet d'en examiner la légalité et doit être accueilli au fond (et non plus seulement quant à la recevabilité) si elle la viole. L'illégalité est examinée en elle-même (A) ; elle peut tenir à plusieurs chefs (B).

A. — L'évolution de la jurisprudence *Notre-Dame du Kreisker* avait conduit à lier la recevabilité du recours contre une circulaire à son illégalité (*supra* I.A.2° et les arrêts du 15 mai 1987, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, du 29 juin 1990, *GISTI**, et du 2 juin 1999, *Meyet*, précités). La solution était sans doute satisfaisante en fait car elle permettait de vérifier la légalité des circulaires interprétatives. Mais elle n'était pas pleinement cohérente en droit car elle inversait l'ordre des facteurs : saisi d'un recours, le juge doit successivement examiner s'il est recevable, puis fondé.

L'arrêt *Mme Duvignères* rétablit la cohérence juridique et juridictionnelle sans renoncer aux avantages pratiques : ceux-là résultent de l'admission de la recevabilité du recours contre toute circulaire impérative ; celle-ci est satisfaite par la succession de l'examen de la recevabilité et du fond.

B. — Les chefs d'illégalité d'une circulaire impérative sont énumérés par l'arrêt dans une formule synthétique essayant de couvrir tous ceux qui peuvent se rencontrer. Ils peuvent être décomposés en distinguant la fixation d'une règle nouvelle (1°) ou la réitération d'une règle existante (2°).

1°) La règle nouvelle fixée par la circulaire peut d'abord être illégale pour incompétence de son auteur. Il faut rappeler à ce sujet que le pouvoir réglementaire n'appartient qu'aux autorités désignées par la Constitution ou par la loi et que les ministres n'en disposent, en dehors d'un texte, que comme chefs des services placés sous leur autorité (v. nos obs. sous l'arrêt *Jamart** du 7 févr. 1936). Après comme avant l'arrêt *Mme Duvignères*, risquent de se rencontrer nombre de circulaires illégales comme comportant des dispositions réglementaires que leur auteur était incompétent pour adopter.

Même si l'auteur de la circulaire est compétent pour la prendre, la circulaire peut être illégale « *pour d'autres motifs* ». L'arrêt n'est guère explicite à ce sujet. Il paraît même impliquer que ces autres

motifs se distinguent de l'illégalité consistant à donner des dispositions législatives ou réglementaires une interprétation méconnaissant leur sens et leur portée. En réalité tous ces motifs se ramènent à l'erreur de droit et à la violation de la règle de droit, soit celle que contiennent les dispositions interprétées par la circulaire soit d'autres qui lui sont extérieures voire supérieures. L'arrêt *Mme Duvignères* ne reprend pas la formule réservant l'hypothèse où la circulaire *« contrevient aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes juridiques »* qui figurait dans les arrêts *IFOP – Villemain*. Mais la solution ne fait pas de doute : toute norme juridique que viole la circulaire, que ce soit celle qu'elle interprète ou une autre, en entraîne l'illégalité, autant quand elle établit une règle nouvelle que lorsqu'elle reprend une règle préexistante.

9 *2°)* La réitération d'une illégalité est elle-même une illégalité.

On a vu qu'en tant qu'une circulaire ne fait que rappeler l'état du droit antérieur, elle a pendant longtemps été considérée comme seulement interprétative, ce qui conduisait le Conseil d'État à rejeter comme irrecevable le recours dirigé contre elle – et à laisser ainsi subsister éventuellement des circulaires illégales.

La solution, si elle avait une apparence de logique, pouvait avoir des effets d'autant plus néfastes que les fonctionnaires attachent de l'importance aux circulaires et qu'ils pouvaient d'autant plus s'appuyer sur elles que les recours dirigés contre elles avaient été rejetés.

La logique n'était pas satisfaite puisque déjà une circulaire appliquant un décret déclaré illégal est elle-même illégale (CE 28 déc. 2001, *Syndicat CNT des PTE de Paris*, Rec. 673 ; AJ 2002.542, note Seiller) et que plus généralement l'administration est tenue de ne pas appliquer un règlement illégal alors même qu'il n'a été ni attaqué et annulé par la voie du recours pour excès de pouvoir (CE Sect. 14 nov. 1958, *Ponard*, Rec. 554).

Il n'y avait qu'un pas de plus à faire pour admettre que la circulaire impérative réitérant une règle illégale peut être à la fois attaquée et annulée.

C'est ce que fait l'arrêt *Mme Duvignères*. Après avoir annulé le refus d'abroger le décret du 19 déc. 1991 en tant qu'il inclut l'aide personnalisée au logement dans les ressources à prendre en compte pour l'octroi de l'aide juridictionnelle, il annule le refus d'abroger la circulaire du 26 mars 1997, car *« si elle se borne à tirer les conséquences... du décret..., elle réitère néanmoins, au moyen de dispositions impératives à caractère général, la règle qu'a illégalement fixée cette disposition »*.

Si la règle réitérée se trouvait dans une loi contraire à une convention internationale ou au droit communautaire dérivée, la circulaire qui la reprend doit être censurée (CE 2 juin 2006, *Chauderlot*, Rec. 275 ; AJ 2006.1120, obs. Brondel).

DOCUMENT 5

Chronique générale de jurisprudence administrative française

PAR FRANCIS DONNAT ET DIDIER CASAS
MAÎTRES DES REQUÊTES AU CONSEIL D'ÉTAT

ACTES

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

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.

ACTE NON REGLEMENTAIRE - Circulaire

PROCEDURE CONTENTIEUSE - Recours pour excès de pouvoir - Recevabilité

(CE Sect. 18 décembre 2002, Mme Duvignères, req. n° 233618)

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 ; AJDA 1954 II *bis*, p. 5, chron. F. Gazier et M. Long ; *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 13e 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 *Mme 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 œuvre 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 *Mme Duvignères* parachève une évolution jurisprudentielle entamée par la décision *Institut français d'opinion publique (IFOP)* (CE 18 juin 1993, Lebon p. 178), qui jugeait que « l'interprétation donnée par l'autorité administrative des lois et règlements qu'elle a pour mission de mettre en œuvre, 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'expliciter 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) 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 *Mme 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 *Mme Duvignères*

(1) V. Y. Gaudemet, Remarques à propos des circulaires administratives, Mélanges Stassinopoulos, p. 38.

(2) Notamment : CE Sect. 2 juin 1999, Meyet, Lebon p. 160 ; Petites affiches 8 juin 1999, p. 19, concl. J.-C. Bonichot ; AJDA 1999, p. 560, chron. P. Raynaud et P. Fombeur.

utilise, en revanche, 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 *Mme 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 impératif, 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 *Mme Duvignères* 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). 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*, req. 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*, req. 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.).

> ***Les effets de la jurisprudence Mme Duvignères ne diffèrent pas en tous points de ceux de la décision Notre-Dame du Kreisker.***

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 *Mme 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 *Mme 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 *Mme 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 *Mme 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.

Le décret du 8 décembre 2008 : un nouvel éclairage sur le « droit souterrain » ?

PAR PASCAL COMBEAU
PROFESSEUR DE DROIT PUBLIC À L'UNIVERSITÉ MONTESQUIEU-BORDEAUX IV
SIMON FORMERY
PRÉSIDENT DE CHAMBRE AU TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE PARIS

L'ESSENTIEL *le décret du 8 décembre 2008 redéfinit les règles de publicité des circulaires ministérielles : à compter du 1er mai 2009, elles ne pourront s'appliquer si elles n'ont pas été publiées sur un site internet dédié relevant du premier ministre. Ces dispositions, élaborées en marge des travaux du rapport Warsmann sur la simplification du droit, apportent un nouvel éclairage sur le « droit souterrain » dont le statut fait de nouveau l'objet de l'attention des pouvoirs publics après avoir été longtemps négligé. Comme ce rapport le souligne, le décret mérite toutefois d'être complété et prolongé, notamment par une clarification des conditions dans lesquelles les circulaires sont invocables par les personnes à qui elles s'adressent.*

Décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008 relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires (JO 10 déc. 2008, textes n° 1 et 2)

En 2006, à l'occasion de son rapport public, le Conseil d'Etat faisait ce constat préoccupant : « Les administrations centrales multiplient [...] les circulaires et instructions, qui constituent la référence essentielle. Celles-ci, pour la plupart, échappent à l'information du législateur comme du citoyen et au contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Se développe ainsi un droit souterrain, clandestin, inaccessible, asymétrique » (CE Rapport public, Sécurité juridique et complexité du droit, Doc. fr. 2006, p. 276). Peu rassurant pour les zélateurs de l'Etat de droit et pour ceux qui souhaitent des relations simplifiées entre les citoyens et leurs administrations, cette affirmation avait au moins le mérite de reconnaître à la circulaire une place souvent négligée dans l'action administrative (v. G. Koubi, *Les circulaires administratives*, Economica 2003) et de montrer la nécessité d'un nouveau statut qui devait lui être accordé au nom du principe de sécurité juridique. Plus de deux ans après, une éclaircie bienvenue est apportée par le décret du 8 décembre 2008. Prolongé par les analyses et les propositions du rapport sur la simplification du droit, remis par le président Jean-Luc Warsmann au premier ministre le 31 décembre 2008 (J.-L. Warsmann, Rapport sur la qualité et la simplification du droit, p. 112 s., http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/094000039/0000.pdf), ce décret constitue en effet la première pierre de l'édifice dans le vaste chantier de construction du statut du « droit souterrain » que constituent les circulaires et instructions administratives.

Il y avait certainement urgence. Le régime juridique des circulaires souffre en effet depuis longtemps d'une situation paradoxale et contrastée (pour une vue synthétique, v. B. Stirn et S. Formery [dir.], *Code de l'administration*, Litec 2008, p. 65 et s.).

Du côté de leur traitement contentieux, la jurisprudence a, elle, fait progresser les droits des administrés en ouvrant le recours pour excès de pouvoir aux circulaires « impératives », depuis l'arrêt *Duvignères* (CE 18 déc. 2002, Lebon 463, concl. P. Fombeur ; RFDA 2003. 274, concl. et note J. Petit ; AJDA 2003. 487, chron. F. Donnat et D. Casas ; JCP Adm. 2003, n° 5, p. 94, comm. J. Moreau ; LPA 23 juin 2003, note P. Combeau). Alors que cet arrêt n'avait pas été salué très favorablement par la doctrine, sans doute en raison d'une incertitude sur la portée du « caractère impératif » (v., pour une analyse pertinente de ce critère, C. Grouber, L'impératif dans la jurisprudence *Duvignères* : réflexion sur un sésame contentieux, RFDA 2008. 941 s.), critère appelé à se substituer, au moins en ce qui concerne la recevabilité de conclusions d'annulation, à celui du caractère réglementaire des dispositions de la circulaire, on doit constater que cette jurisprudence et ses suites ont ouvert un nouveau contrôle pour le juge et donc pour le citoyen qui peut l'en saisir. Elle a en effet élargi le recours en permettant notamment au juge de dissocier désormais le stade de la recevabilité du recours et celui des moyens d'illégalité de la circulaire et de faire basculer les questions de compétence du premier vers le second. Ce qui le conduit à faire porter son contrôle sur des circulaires interprétatives qui, en ne faisant que réitérer le droit, en étaient antérieurement exclues (v., not., CE 7 févr. 2007, *Ligue des droits de l'Homme*, AJDA 2007. 814, note O. Lecucq ; pour un bilan, v. A. Iliopoulou, Quatre ans d'application de la jurisprudence *Duvignères*, RFDA 2007. 477 s.).

Du côté de leur statut juridique, la carence des textes est, par contraste, saisissante. La loi du 17 juillet 1978 avait certes prévu une publication générale des directives, instructions et circulaires, ainsi que des notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif. Mais cette obligation de publication est restée inefficace. Le décret du 28 novembre 1983 avait tenté de compléter ce régime de publication par celui de l'invocabilité de toutes les circulaires : son article 1er ouvrait ainsi la possibilité à tout intéressé de « se prévaloir, à l'encontre de l'administration, des instructions, directives, et circulaires publiées dans les conditions prévues par la

loi du 17 juillet 1978, lorsqu'elles [n'étaient] pas contraires aux lois et règlements» (décr. n° 83-1025 concernant les relations entre l'administration et les usagers). Mais, pour des raisons qui tenaient tant à la légalité douteuse de ce décret qu'à la volonté de neutraliser ses dispositions, cet article 1er a été vidé de sa substance par le juge administratif (v. P. Combeau, Un oubli dans la réforme : l'invocabilité des circulaires et instructions administratives, AJDA 2000. 495 s.) avant d'être officiellement abrogé avec les autres dispositions restantes par un décret du 8 juin 2006 (art. 20, décr. n° 2006-672 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif ; sur cette disparition du décret de 1983, v. les commentaires de son inspirateur, A. Le Pors, entretien avec S. Formery, Du nouveau dans les relations administration-citoyens ?, AJDA 2007. 626 s. ; et A. Le Pors, Chronique d'une mort annoncée : le décret du 28 novembre 1983, JCP Adm., n° 6, 2007. 2021 ; v., également, P. Combeau, Le décret du 28 novembre 1983 est mort, vive la loi ?, AJDA 2006. 1745 s.). Par la suite, la question du statut des circulaires a été oubliée des réformes successives.

L'abstention des pouvoirs publics devenait criante, surtout depuis l'abrogation du décret de 1983.

La loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, qui reprend pourtant nombre de mesures du décret de 1983, n'évoque pas le sujet (v., sur ce point, P. Combeau, Un oubli dans la réforme [...], préc.), pas plus d'ailleurs que les différentes lois sur la simplification du droit (L. n° 2003-591 du 2 juill. 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit ; L. n° 2007-1787 du 20 déc. 2007 relative à la simplification du droit), si ce n'est la loi du 9 décembre 2004 (L. n° 2004-1343 de simplification du droit) qui contient simplement une disposition, aménagée par ordonnance, permettant d'invoquer la doctrine sociale sur le modèle de la doctrine fiscale.

L'abstention des pouvoirs publics devenait criante, surtout depuis l'abrogation du décret de 1983. Sans doute, la jurisprudence *Duvignères* ne pouvait pas régler tous les problèmes relatifs au régime des circulaires (v. X. Prétot, Le régime des circulaires et instructions est-il réductible à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir ? Quelques réflexions à la lumière de la décision *Mme Duvignères*, *in Mélanges Franck Moderne*, Dalloz 2004, p. 357). Ce prisme contentieux a été déformant : définir le régime de la circulaire uniquement du point de vue de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir a, pendant longtemps, empêché d'analyser la réalité et l'importance de l'interprétation administrative (v. P. Combeau, Réflexion sur les fonctions juridiques de l'interprétation administrative, RFDA 2004. 1069 s.). Or, nul ne contestera que la doctrine ou l'interprétation administrative, en plus d'être un élément essentiel de régulation de l'activité administrative, a une portée incontestable pour le citoyen : elle est, dans ce sens, normative et est un élément essentiel de la sécurité juridique. De ce point de vue, le rapport du Conseil d'Etat de 2006 constitue une avancée conceptuelle majeure. D'abord, parce qu'il admet enfin, par cette expression nouvelle de «droit souterrain», que les circulaires et la doctrine administrative font partie de la sphère juridique, mais leur normativité est restreinte à une sphère souterraine, c'est-à-dire interne[1]. Ensuite, parce que le rapport lie de manière indiscutable la question du statut du droit souterrain avec la problématique de la sécurité juridique dont la valeur juridique a été reconnue depuis lors, et dont la place n'a cessé de s'étendre en droit public (v., not., CE ass. 24 mars 2006, *Société KPMG*, Lebon 154 ; AJDA 2006. 1028, chron. C. Landais et F. Lenica ; RFDA 2006. 463, concl. Y. Aguila, note F. Moderne).

C'est dans ce contexte qu'a été édicté le décret du 8 décembre 2008 que personne n'attendait vraiment.

On notera d'abord que sa publication est intervenue en marge des travaux d'élaboration du rapport du président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, Jean-Luc Warsmann, auquel le premier ministre a confié en juin 2008 une mission relative à la politique de simplification du droit, le rapport ayant été remis le 31 décembre 2008.

On peut également s'interroger sur les choix effectués par le gouvernement s'agissant du niveau de la norme : la voie du décret autonome pris sur le fondement de l'article 37 de la Constitution suscite des interrogations : le régime de publication des circulaires et instructions est régi par l'article 7 de la loi du 17 juillet 1978 (modifié par l'ord. n° 2005-650 du 6 juin 2005, confirmant la valeur législative de la règle) qui prévoit un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Cada, pour en définir les modalités d'application (actuellement, décr. du 30 déc. 2005). La place du décret simple du 8 décembre 2008 dans ce dispositif ne s'impose pas d'emblée. Alors que, comme on le verra, ce décret ouvre des perspectives particulièrement intéressantes, il se présente comme une simple extension à l'internet de règles existantes. Ces conditions d'élaboration s'expliquent certainement par des raisons d'opportunité[2] ; elles traduisent aussi, ce qui est nouveau, une soudaine prise de conscience de la réalité de l'instrument interprétatif dans la vie administrative.

Ce décret participe-t-il de ce nouveau statut du droit souterrain que le Conseil d'Etat appelait de ses vœux ? La réponse à cette question est donnée par le rapport Warsmann qui, tout en saluant l'apport de ce décret, souligne la nécessité de le compléter. En précisant les conditions de publication des instructions et des circulaires, les pouvoirs publics s'attaquent incontestablement à un chapitre du statut resté inchangé depuis 1978 et confirment que le régime de ces actes ne peut être amélioré uniquement par la voie contentieuse. En obligeant les administrations à mettre en ligne leurs circulaires sur un site unique relevant du premier ministre, ils se situent sur les voies tracées par le Conseil d'Etat en 2006

(1) Sur cette conception normative, v. P. Combeau, *L'activité juridique interne de l'administration. Contribution à l'étude de l'ordre administratif intérieur*, Thèse, université Montesquieu-Bordeaux IV, 2000. Cette qualification n'est pas sans défaut car, en dehors du fait qu'elle relègue les circulaires dans les limites « ténébreuses » du droit, elle est conçue de manière finalement assez restrictive en focalisant l'attention sur la doctrine administrative, alors que l'ordre administratif intérieur comporte d'autres facettes comme le pouvoir d'orientation ou le pouvoir d'organisation interne.

(2) Même s'il n'est pas satisfaisant en terme de better regulation, le recours au décret simple s'explique sans doute par le souci d'adopter sans délai des mesures opérationnelles. Une modification de la loi sur la sanction de l'inopposabilité et le passage par le Conseil d'Etat (pour les aspects réglementaires) auraient sérieusement retardé l'entrée en vigueur de ces nouvelles règles, fixée au 1er mai 2009. D'une manière plus générale, ce décret pose, une fois encore, la question de la légitimité de l'intervention du législateur lorsqu'il prévoit que des mesures d'application des lois devront nécessairement être prises en Conseil d'Etat, alors que le satisfaire du Conseil d'Etat devrait être laissé à la discrétion du gouvernement ? Cette question a été évoquée dans les débats préparatoires au rapport Warsmann.

en liant la question du statut avec la problématique de la sécurité juridique. Le droit des circulaires en sort, de ce point de vue, renforcé. Ce statut reste toutefois inachevé : le nouveau dispositif de publicité ne pourra jouer à plein que s'il est précisé et complété par un volet managérial (la gestion de ses circulaires par l'administration), et si les conditions dans lesquelles les circulaires sont invocables par les personnes à qui elles s'adressent sont enfin clarifiées.

Un statut incontestablement renouvelé

Au nom du principe de l'accessibilité du citoyen au droit souterrain, le décret modifie les règles de publicité des circulaires ministérielles. Le nouveau dispositif est original tant du point de vue de son contenu que de celui de ses conséquences.

L'INSTAURATION DE NOUVELLES RÈGLES DE PUBLICITÉ DES CIRCULAIRES MINISTÉRIELLES

Les insuffisances du droit existant

Les nouvelles dispositions s'expliquent, avant tout, par le constat de l'insuffisance et de l'inefficacité des règles de publicité des circulaires. L'article 7 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 réformée par l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 dispose en effet que : « Font l'objet d'une publication les directives, les instructions, les circulaires, ainsi que les notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives ». Le décret du 30 décembre 2005 précise ces modalités de publication en prévoyant notamment que, pour les administrations centrales, un « bulletin officiel » ministériel, d'une périodicité au moins trimestrielle, doit assurer cette publication (art. 30 à 32, décr. n° 2005-1755 ; pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, il est prévu une publication soit par insertion dans un bulletin officiel lorsqu'il a une périodicité au moins trimestrielle, soit par transcription dans les trois mois sur un registre tenu à la disposition du public).

> *Le Conseil d'Etat dans son rapport de 2006 soulignait que la publication des circulaires est, en fait, souvent laissée à la discrétion des ministères.*

Ces dispositions sont toutefois mal respectées. Le Conseil d'Etat, dans son rapport de 2006, soulignait que la publication des circulaires est, en fait, souvent laissée à la discrétion des ministères : « Certaines font l'objet d'une publication au Journal officiel de la République française, d'autres figurent aux bulletins officiels des ministères ; les dernières, nombreuses, ne font l'objet d'aucune publication. Leur recensement est par conséquent très difficile, voire impossible si on vise l'exhaustivité et la pertinence » (rapport préc., p. 331). Le rapport de l'OCDE rédigé en 2004 sur l'amélioration de la qualité de la réglementation en France (La réforme de la réglementation en France, 2004) confirme ce constat en faisant apparaître une insuffisante mise à disposition des normes réglementaires de caractère inférieur comme les arrêtés, les règlements des collectivités territoriales ou les circulaires et instructions. En outre, la loi de 1978 ne prévoit aucun mécanisme de sanction lorsque cette formalité n'est pas respectée. Aucun organisme n'est institué pour réguler et vérifier cette publication. Par ailleurs, la règle de l'inopposabilité de l'acte ne s'applique pas. On sait que, pour les actes unilatéraux généraux, le défaut de publication entraîne leur inopposablité. Pour les circulaires, un tel défaut (qui méconnaît pourtant l'article 7 de la loi de 1978, préc.) n'affectait pas, jusqu'à présent, leur opposabilité, seul important désormais, pour l'accès au juge de l'excès de pouvoir, le caractère impératif ou non de ces circulaires. De ce fait, comme le souligne Geneviève Koubi, « aucune sanction n'étant prévue par la loi elle-même, l'obligation de publicité des circulaires reste vaine » (G. Koubi, Les circulaires administratives, préc., p. 302). Le régime de publication souffrait donc d'un problème d'accessibilité, notoirement insuffisante, et d'absence de sanctions.

Le décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005 avait bien prévu d'améliorer le système en prévoyant la possibilité, à l'instar du nouveau régime applicable pour les lois et certains actes administratifs unilatéraux (v. art. 3, ord. n° 2004-164 du 20 févr. 2004 relative aux modalités et effets de publication des lois et de certains actes administratifs), d'une publication par voie électronique. Mais cette modalité informatique, simplement facultative, n'a pu avoir aucun effet sur le régime juridique de publication de ces actes.

Le contenu des nouvelles règles

La voie qui a été choisie en 2008 n'est pas celle de la réforme de la publication, mais celle de la création d'un régime de publicité *ad hoc* qui vient compléter le régime existant. Ne s'appliquant qu'aux circulaires édictées par les ministres (*v. infra*), le dispositif comporte une nouvelle obligation de publicité pour l'administration centrale de l'Etat, obligation qui est désormais sanctionnée.

L'article 1er, alinéa 1er, dispose tout d'abord que les circulaires et instructions, adressées par les ministres aux services et établissements de l'Etat, sont tenues à la disposition du public sur un site internet relevant du premier ministre. La création d'un site spécifique dédié aux circulaires ministérielles va plus loin que la préconisation faite par le Conseil d'Etat en 2006 qui évoquait des liens hypertextes avec des circulaires ou instructions sur les sites « Légifrance » ou « Service public » ou sur les sites des ministères (rapport préc., p. 332). C'est bien l'idée d'accessibilité qui légitime cette mesure puisque l'alinéa 1er précise que les circulaires visées sont classées et répertoriées de manière à faciliter leur consultation. Le citoyen bénéficiera ainsi d'un répertoire organisé et exhaustif et aura donc accès à une grande partie de ce qui n'est encore aujourd'hui que du droit souterrain. Par ailleurs, cette disposition ne sert pas seulement les intérêts du citoyen, c'est une mesure de bonne administration, qui peut trouver sa place dans les chantiers de la réforme de l'Etat : en fixant au 1er mai 2009 la date d'application de cet article 1er, le gouvernement impose aux ministères d'opérer d'ici-là un travail de recensement, de tri et d'actualisation. Ce travail devrait également inciter à un effort d'autodiscipline, comme le souligne le rapport de présentation du décret. Bref, cette disposition

répond bien au souci de sécurité juridique en facilitant la connaissance du droit souterrain tant par le citoyen que par l'administration elle-même.

Cette obligation de recensement, de classement et de tri se fonde sur une méthode nouvelle qui mérite d'être saluée. Alors qu'en ce qui concerne la hiérarchie des normes, on est aujourd'hui rodé à l'usage de la codification, de la consolidation progressive des textes, de l'abrogation des dispositions inutiles ou devenues sans objet, cette approche est nouvelle, dans un texte normatif, en matière de circulaires. Certes, l'obligation (au demeurant non sanctionnée) de classer et de répertorier les circulaires, de manière à faciliter leur consultation, ne va pas jusqu'à réclamer leur consolidation. Celle-ci n'est pas habituelle dans la culture juridique française. On amende ou on modifie lois et décrets, mais on est habitué à prendre circulaires sur circulaires, sans se soucier de la compilation qui devra être réalisée par leurs destinataires (on peut citer l'exemple de la circulaire du premier ministre du 26 août 2003 et de celle du 30 septembre 2003, toutes deux relatives à la qualité de la réglementation, mais la seconde ne se substitue pas à la première en dépit de l'identité de leur objet : on a là un empilement dont les administrations sont coutumières). C'est avec intérêt que l'on accédera à ces textes classés et répertoriés, qui contribueront à satisfaire l'objectif d'intelligibilité de la norme.

> *Le décret inaugure une forme de publicité inédite des circulaires ministérielles.*

L'article 1er, alinéa 2, précise, ensuite, qu'une « circulaire [...] qui ne figure pas sur le site mentionné au précédent alinéa n'est pas applicable. Les services ne peuvent en aucun cas s'en prévaloir à l'égard des administrés ». La nouveauté de cette mise en ligne tient ici à sa sanction qui en assure l'efficacité : une circulaire nouvelle non publiée sur le site n'est pas opposable à l'administré[1]. Pour les circulaires déjà signées (et donc publiées), l'article 2, alinéa 2, précise qu'elles « sont réputées abrogées si elles ne sont pas reprises sur le site mentionné à l'article 1er ». Cette sanction n'était pas évoquée par le rapport du Conseil d'Etat, elle marque la cohérence du système. Si l'opposabilité n'est pas une conséquence de sa publication, elle devient désormais celle de la mise en ligne qui constituera pour le citoyen l'élément de publicité déterminant : il sait désormais que seules les circulaires dont il pourra avoir clairement connaissance lui seront opposables. Quant à l'abrogation automatique des circulaires déjà publiées, elle pourra servir d'instrument de rationalisation pour l'administration en l'obligeant à faire un tri effectif entre les circulaires qu'elle souhaite voir reprises et celles, fort nombreuses, qui n'ont plus d'intérêt, ne serait-ce que parce que le texte interprété n'existe plus, ou que, pour d'autres raisons (intervention de règles – européennes notamment – de niveau supérieur), elles sont tombées en désuétude.

(1) Les termes utilisés par le décret sont discutables. Il s'agit bien d'inopposabilité (qui est une conséquence de la non-publicité et non d'inapplicabilité (v. *infra*). Par ailleurs, l'utilisation du mécanisme de l'invocabilité (ou plutôt de l'ininvocabilité : l'administration ne peut en aucun cas « s'en prévaloir à l'égard des administrés ») peut étonner à ce stade (comment l'administration peut-elle se prévaloir d'une circulaire ?) car il est plus souvent utilisé au bénéfice de l'administré qui peut éventuellement se prévaloir d'une circulaire exprimant une interprétation qui lui est favorable (v. *infra*).

LES CONSÉQUENCES DES NOUVELLES RÈGLES DE PUBLICITÉ DES CIRCULAIRES MINISTÉRIELLES

En spécifiant dans son article 1er, dernier alinéa, que : « Cette publicité se fait sans préjudice des autres formes de publication éventuellement applicables à ces actes », le décret inaugure une forme de publicité inédite des circulaires ministérielles, désormais soumises à deux obligations : la publication dans les bulletins des différents ministères et la mise en ligne sur un site relevant du premier ministre. Si l'on considère que la publicité d'un acte est un élément majeur de la notion même d'acte unilatéral, ce texte accorde aux circulaires ministérielles une place à part tant au sein de la catégorie des actes unilatéraux qu'au sein de la catégorie plus étroite du droit souterrain. Sur ce point, la réforme ne contribue pas à la simplicité du droit.

Les circulaires ministérielles, des actes administratifs sui generis

Au regard du régime des actes unilatéraux de droit commun et plus précisément des règles de leur entrée en vigueur, il y a en effet deux éléments de spécificité.

Le premier élément touche à la théorie de l'opposabilité dans l'entrée en vigueur des actes (v. C. Eisenmann, Sur l'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales, *in Mélanges Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 201 s. ; J.-P. Dubois, L'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales, *in Mélanges Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 103 s. ; B. Seiller, Acte administratif, Rép. cont. adm., Dalloz, 2003, n° 730 s. ; étude B. Seiller, L'entrée en vigueur des actes unilatéraux, AJDA 2004. 1463 s.). En effet, si l'on distingue, comme certains auteurs (v. B. Seiller, préc.), existence, opposabilité et applicabilité de l'acte, l'opposabilité, qui désigne la qualité de l'acte à déployer ses effets à l'égard des citoyens, est subordonnée à l'accomplissement de formalités de publicité nécessaires. Pour les actes généraux, il s'agit de la publication dont le régime est fixé en partie par l'article 1er du code civil réformé par l'ordonnance du 20 février 2004 (ord. n° 2004-164 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs) : il y a donc un lien naturel entre la publication des actes à caractère général, leur opposabilité et donc leur entrée en vigueur. En liant l'opposabilité à un régime spécial de mise en ligne des circulaires sur un site dédié et non pas à leur publication, le décret a introduit une brèche dans le régime de certains actes unilatéraux à caractère général.

Le second élément de spécificité touche les rapports nouveaux entre les deux modes de publicité des circulaires ministérielles. Désormais, les circulaires ministérielles sont soumises à deux obligations de publicité : la publication (qui peut se faire par voie électronique, v. *supra*) et la mise en ligne sur un site dépendant du premier ministre, dont l'une est véritablement sanctionnée. Cet élargissement du mode de publicité entraîne deux conséquences. D'abord, la publication des circulaires comme mode traditionnel de publicité sera encore davantage marginalisée, dès lors que seule la mise en ligne emporte des conséquences juridiques. Ensuite, la centralisation du mode de publicité sur un site relevant du premier

ministre pourrait induire un risque de recentralisation de l'interprétation ministérielle et de réorientation de la doctrine ministérielle au profit d'une doctrine primo ministérielle. Au-delà du bouleversement des règles de publicité, c'est donc le sens même des circulaires ministérielles qui est concerné.

Les circulaires ministérielles, des actes «souterrains» sui generis

Le nouveau régime ne s'applique qu'aux circulaires des ministres. Certes, c'est l'essentiel de la matière qui est visé (sauf à préciser dans quelles conditions les ministres peuvent déléguer cette faculté aux directeurs ou aux chefs de service). Mais le décret oblige désormais à distinguer différentes catégories d'actes internes ou souterrains selon leur mode de publicité.

Certaines mesures purement internes prises sur le fondement du pouvoir d'organisation (notamment ministériel) issues de la jurisprudence *Jamart* doivent pouvoir continuer à s'appliquer en dehors de toute formalité de publicité, puisque, si «les services ne peuvent en aucun cas s'en prévaloir à l'égard des administrés» (art. 1er, al. 2, du décret préc.), les agents sont, quant à eux, tenus à l'observation de ces instructions qui sont l'expression du pouvoir hiérarchique. En dehors de ces mesures à la nature particulière, deux autres types d'actes souterrains peuvent être évoqués.

Les directives prises notamment par les ministres sur le fondement de leur pouvoir d'orientation (CE 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France*, Lebon 750, concl. M. Bernard, GAJA n° 87) ne sont pas visées alors que, dans certains cas, la frontière entre orientation et interprétation est délicate et que l'orientation peut emprunter le support de la circulaire. C'est pour cette raison qu'il faut analyser le droit souterrain par rapport à ses manifestations (pouvoir d'orientation, d'interprétation ou d'organisation) et non par rapport à ses supports (circulaires, instructions, notes, directives...) qui ne sont que des instruments portant l'exercice de ces différents pouvoirs. Pour elles, le régime de publicité est *a priori* déterminé par l'article 7 de la loi de 1978 dont la formulation a toutefois suscité des controverses (v. R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 15e éd. 2001, n° 691) mais qui semble bien viser les directives dans leur ensemble et pas seulement celles qui «comportent une interprétation du droit positif» (cette mention se rapportant en réalité, selon nous, aux seules notes et réponses ministérielles). Quoi qu'il en soit, le régime de publicité pour les directives n'a pas de conséquence sur leur opposabilité : le juge a spécifié que bien que n'étant pas des actes décisoires susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, elles sont néanmoins opposables par l'administration qui peut se fonder sur elles pour justifier une décision (CE 29 juin 1973, *Société Géa*, Lebon 453).

> *Les directives prises notamment par les ministres sur le fondement de leur pouvoir d'orientation ne sont pas visées.*

Enfin, on peut citer une troisième catégorie d'actes non soumis à l'obligation de mise en ligne : ce sont toutes les circulaires qui ne sont pas ministérielles. Hormis la question des délégations, évoquée également par le rapport Warsmann (rapport préc., p. 120 s), les circulaires prises par les préfets (ou par les autres représentants de l'Etat) au niveau de l'administration territoriale de l'Etat, ainsi que celles des exécutifs des collectivités territoriales (et celles des établissements publics locaux), sont exclues du dispositif. Plus curieuse est l'absence de mention dans le décret des circulaires du premier ministre. Les circulaires du premier ministre ne sont même pas visées : sont-elles soumises à cette obligation de mise en ligne comme les circulaires ministérielles ? Cela paraît évident. En outre, il serait absurde qu'un site de recensement des circulaires relevant du premier ministre ne mentionne pas celles qui sont édictées par ce dernier. A l'égard des circulaires non ministérielles, s'applique donc toujours en principe le régime de publicité prévu par l'article 7 de la loi de 1978 (précisé par le décret du 30 déc. 2005), c'est-à-dire un régime de publication (respectivement dans le recueil des actes administratifs du département et au bulletin officiel, et facultativement par voie électronique) sans lien avec leur opposabilité.

Le décret du 8 décembre 2008, en marquant la spécificité du régime de publicité (et donc d'opposabilité) des circulaires ministérielles, dans un souci d'accessibilité, a dans le même temps modifié le paysage de l'acte unilatéral. Aussi, la simplification du droit n'est-elle pas étrangère à son inévitable complexification (v. B. Seiller, Les limites de la simplification, *in La simplification du droit*, séminaire de l'école doctorale de l'université François-Rabelais, LPA 24 mai 2007, p. 28). C'est pour cette raison que ce dispositif doit nécessairement être précisé et complété.

Un statut encore incomplet

Le président Warsmann, dans le rapport qu'il a rendu au premier ministre le 31 décembre 2008, souligne les caractéristiques du droit souterrain des circulaires et instructions administratives ; il consacre à la réforme de ce droit plusieurs propositions, dans le cadre de la politique de simplification, ce qui est assez nouveau et doit être salué. Il intègre les avancées du décret de 2008 tout en les replaçant dans un contexte nécessairement évolutif : «L'importance du «droit souterrain» – instructions, circulaires – dans la vie des usagers incite à améliorer son accessibilité, sa lisibilité, et à clarifier les conditions dans lesquelles les usagers peuvent s'en prévaloir» (rapport préc., p. 112). Par là, il dessine deux axes qui doivent enrichir les apports du décret.

LES NÉCESSAIRES ACCOMPAGNEMENTS DU DISPOSITIF

Les nouvelles dispositions ne joueront à plein que si elles sont accompagnées par trois volets.

L'élargissement du dispositif

Le décret pose, comme on l'a vu, la question de son articulation avec les dispositions législatives et réglementaires déjà en vigueur. Pour assurer une meilleure cohérence générale au système (et également dans un souci d'intelligibilité des règles applicables), il aurait été utile d'établir le lien entre les deux modes de publicité, la mise en ligne et la publication. Ainsi, l'articulation avec la loi de 1978 et son décret d'application aurait été assurée. Il eut sans doute suffi d'ajouter à

l'article 1er que les circulaires mises en ligne doivent être également publiées selon les modalités de la loi du 17 juillet 1978 : l'avantage de cette précision eut été de lier publication, mise en ligne et opposabilité de la circulaire. Il aurait été également bienvenu de ne pas cantonner le dispositif aux seules circulaires et instructions ministérielles mais, comme l'envisage d'ailleurs la loi de 1978, d'y inclure d'autres types de supports (comme les notes ou les réponses) qui ont également pour objet d'interpréter le droit et de constituer ainsi la « doctrine administrative ».

Surtout, l'on comprendrait mal, alors que le cadre juridique est déjà en place, que l'on tarde longtemps avant d'élargir le dispositif aux autres circulaires, non ministérielles. L'élargissement souhaitable d'une telle mesure, notamment aux autorités administratives locales (relevant de l'Etat ou des collectivités territoriales), est proposé, dans un cadre plus général concernant l'ensemble des actes administratifs, par le rapport Warsmann (proposition n° 46, p. 117 à 120 : publication sur un site départemental ou régional de l'ensemble des actes administratifs des autorités déconcentrées de l'Etat et des collectivités territoriales du ressort). A cet égard, l'internet lui-même doit sans doute être envisagé de manière déconcentrée et décentralisée. Un tel élargissement devrait se faire par la loi, afin de couvrir l'ensemble des administrations au sens de l'article 1er de la loi du 12 avril 2000 ; toutefois, l'article 2 de la même loi, qui garantit le droit d'accès aux règles de droit, paraît autoriser le gouvernement à régir la matière par décret en Conseil d'Etat (on notera que, déjà, cet article n'a eu comme texte d'application qu'un décret simple, le décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit sur l'internet ; v. *Code de l'administration*, préc., p. 26).

> *Il faut que le nouveau système arrive à « mordre » sur les pratiques de l'administration.*

L'application par l'administration

Le décret du 8 décembre 2008 devrait avoir un impact fort sur la publicité des circulaires. Par rapport aux règles antérieures (qui, comme on l'a dit, n'ont pas été appliquées de manière satisfaisante), qui ne comportaient pas cette sanction de l'inopposabilité, ces nouvelles règles sont plus réalistes et plus opérationnelles. Autrement dit, tout est dans l'exécution de ce nouveau dispositif. Or, cette dernière suppose que les autorités administratives ministérielles qui sont chargées de faire le tri et qui décident de la mise en ligne modifient un certain nombre de pratiques et s'adaptent à ces nouvelles obligations.

Il faut d'abord que le nouveau système arrive à « mordre » sur les pratiques de l'administration. Il existe en effet toujours un risque que l'administration soit tentée d'appliquer des instructions non publiées. L'opposabilité de la circulaire étant subordonnée à sa mise en ligne sur un site internet dédié : pas de mise en ligne, pas d'application possible ; si l'administration l'applique tout de même, il reviendra à l'administré de demander (devant le juge si nécessaire) que la circulaire soit écartée. Le seul intéressé à cela est celui qui estime que son intérêt est lésé par la circulaire, qui retient une interprétation qui lui est moins favorable que l'application directe de la norme ; dans ce cas, il peut aussi obtenir l'annulation (ou une déclaration d'illégalité par voie d'exception) de la circulaire pour violation de la règle qu'elle devait appliquer, en vertu de la jurisprudence *Duvignères*.

Mais au-delà, il est important que ce nouveau décret soit appliqué de bonne foi par toutes les parties prenantes : que l'administration publie, sur le site dédié, les circulaires qu'elle entend appliquer et qu'elle n'applique que celles-ci, et non celles qu'elle aurait négligé, volontairement ou non, de publier. Sans doute, des codes de bonne conduite (par voie de circulaires ?) sont-ils nécessaires pour définir une politique de mise en ligne qui soit claire au sein de chaque ministère et qui soit harmonisée entre les différents ministères.

Le nouveau décret nécessite un accompagnement, au plan interne à l'administration, dans les modalités de gestion des circulaires. Le rapport Warsmann (rapport préc., p. 114-115) propose ainsi de « soumettre les circulaires à des contraintes strictes ». Il propose d'abord l'interdiction de toute délégation pour signer les circulaires d'explication d'un texte normatif important : le ministre (ou le premier ministre) serait le seul autorisé légalement à les signer (proposition n° 43) ; le rapport souligne qu'une telle mesure serait de nature à limiter le volume des circulaires et qu'elle serait plus orthodoxe au regard des règles de dévolution du pouvoir réglementaire. Il insiste ensuite sur la soumission à un certain nombre de règles de caractère formel : motivation en droit (textes en application desquels la circulaire est prise et articulation avec les différentes règles existant dans ce cadre juridique) ; abrogation expresse des circulaires antérieures ayant le même objet ; mention du visa et du numéro d'enregistrement attribué par un bureau du ministère chargé du contrôle et de la maintenance des circulaires (v., dans le rapport Warsmann, les propositions pour assurer la maintenance des codes, p. 102-103). Le rapport propose enfin « l'interdiction expresse, par un texte de portée impérative pour les agents, d'appliquer une circulaire qui ne respecterait pas ces règles ».

L'interprétation par le juge

Il est à souhaiter que le juge administratif apprécie les nouvelles contraintes de manière constructive.

Il devra donner son plein effet aux sanctions prévues par le décret. Or, dans le nouveau dispositif, la portée du contrôle du juge reste finalement très limitée : s'agissant de l'article 1er, le juge ne peut, comme on l'a vu, que déclarer la circulaire inopposable au cas d'espèce, car, l'applicabilité n'étant subordonnée qu'à un geste matériel simple (la mise en ligne), cette déclaration peut n'avoir qu'un caractère temporaire. L'article 2 est censé frapper le « stock » des circulaires déjà signées au 1er mai 2009, réputées abrogées si elles ne sont pas reprises sur le site mentionné à l'article 1er ; la déclaration d'abrogation devra tenir compte des délais et difficultés pour mettre en œuvre ce site internet et rendre possible son accès ; des difficultés sont attendues dans l'appréciation des effets de la non-publication sur les intérêts des destinataires de la circulaire.

Sans doute, devra-t-il également préciser sa jurisprudence sur l'opposabilité des circulaires. A l'heure actuelle, seule la circulaire impérative (acte décisoire) est opposable. D'après le décret, une circulaire (ministérielle) qui n'est pas mise en

ligne est inopposable ; *a contrario*, toute circulaire mise en ligne est opposable, y compris si, d'un point de vue contentieux, elle n'est pas impérative. Le juge devra donc éclaircir ce point. La jurisprudence sur les directives qui a détaché la notion d'opposabilité du problème de la recevabilité du recours peut être un modèle : le juge, tout en posant la règle que la directive est un acte non décisoire (sauf si elle est impérative), estime qu'elle est néanmoins opposable.

L'INÉVITABLE PROLONGEMENT DU DISPOSITIF : LA QUESTION DE L'INVOCABILITÉ DES CIRCULAIRES

L'invocabilité (qu'il faut distinguer de l'opposabilité) désigne la faculté pour le citoyen de se prévaloir devant l'administration des dispositions d'une circulaire. Ce mécanisme a été consacré de manière très limitée en matière fiscale (art. L. 80 A, livre des procédures fiscales) et, plus récemment, en matière de sécurité sociale (art. L. 243-6-2 CSS, issu de l'ord. du 6 juin 2005, relative à la garantie des droits des cotisants dans leurs relations avec les organismes de recouvrement des cotisations et contributions sociales pris sur le fondement de l'art. 52 de la L. n° 2004-1343 du 9 déc. 2004 de simplification du droit ; v., pour un commentaire, P. Combeau, Du nouveau en matière d'invocabilité de l'interprétation administrative : le cas de la doctrine sociale dans la loi de simplification du droit, JCP G 2005. I. 153 ; Doctrine fiscale, doctrine sociale... et après ?, AJDA 2005. 1809). Mais de manière générale, ce mécanisme n'existe pas pour la doctrine administrative : la jurisprudence subordonne toujours la possibilité pour l'administré d'invoquer une circulaire à son caractère réglementaire. On sait que le décret du 28 novembre 1983 instaurait une telle possibilité dans son article 1er pour toutes les circulaires à condition qu'elles soient publiées et qu'elles ne soient pas contraires aux lois et aux règlements. La lente agonie de cette disposition, décrite par ailleurs (P. Combeau, Un oubli dans la réforme : l'invocabilité des circulaires et instructions administratives, préc.), n'a été que le prélude à son abrogation réalisée finalement en 2006 (art. 20, décr. n° 2006-672 du 8 juin 2006, préc.).

Si les notions d'opposabilité et d'invocabilité se distinguent, elles sont profondément liées.

Le débat sur l'instauration d'un tel mécanisme est relancé par le décret de 2008 même si ce dernier écarte cette question pour se focaliser sur le problème de l'opposabilité. En effet, même si les notions d'opposabilité et d'invocabilité se distinguent (l'une conditionne l'action de l'administration, l'autre permet au citoyen de faire-valoir ses droits), elles sont profondément liées : la circulaire que l'administration oppose au citoyen doit pouvoir être contestée par celui-ci – ce que permet désormais largement la jurisprudence *Duvignères* –, mais il faut également que la circulaire publiée (ainsi que la doctrine que l'administration a fait connaître par ailleurs) puisse être invoquée par lui.

Par ailleurs, ce décret est largement fondé sur l'idée de sécurité juridique qui, impliquant une meilleure accessibilité au droit, explique que les règles de publicité des circulaires ministérielles soient revues. Or, la sécurité juridique n'implique pas seulement l'accès au droit, mais également que soit assuré le principe de confiance légitime qui, s'il n'a pas été encore consacré en droit français, imprègne néanmoins l'ordre juridique (v., not., J.-M. Woehrling, La France peut-elle se passer du principe de confiance légitime ?, *in Mélanges J. Waline*, Dalloz, 2002, p. 749 s.). Obliger l'administration à respecter sa propre doctrine serait, à n'en pas douter, une manière de consolider cette autre facette du principe de sécurité juridique.

Reste la question difficile et délicate des modalités d'aménagement de ce mécanisme d'invocabilité. Tout dépend en réalité de la manière d'aborder le problème.

Si l'on envisage d'aborder la question de manière théorique, une réforme législative (qui couvrirait l'ensemble des administrations) ou réglementaire (qui ne concernerait que l'administration d'Etat) s'impose, car elle suppose de trancher un vieux débat, celui entre la légalité et la sécurité juridique. L'instauration d'un mécanisme général d'invocabilité de la doctrine administrative se heurte en effet à un obstacle d'ordre constitutionnel dans la mesure où cette garantie conduirait à conférer à une autorité administrative la possibilité de compléter la loi ou même à se substituer à elle. C'est du reste le reproche qui a été fait à l'article L. 80 A du LPF (v., not., V. Haïm, L'article L. 80 A est-il inconstitutionnel ?, Dr fisc. 1995, p. 549) et, dans une moindre mesure, à l'article L. 243-6-1 du CSS. C'est pour cette raison que l'article 1er du décret de 1983 avait exigé que la circulaire invocable ne soit pas contraire aux lois et règlements. Mais cette condition faisait certainement trop pencher la balance du côté de la légalité au détriment de la sécurité. Le juge administratif l'a vidée de sa substance en écartant l'invocabilité non seulement quand la circulaire est directement contraire à l'une de ces normes, mais également quand elle ajoute simplement à ces normes (v. P. Combeau, Un oubli dans la réforme : l'invocabilité des circulaires et instructions administratives, préc., p. 499). Pour permettre un équilibre entre légalité et sécurité, on peut imaginer que cette garantie soit donnée « sous réserve que la circulaire ne soit pas manifestement contraire aux lois et règlements », ce qui permettrait peut-être d'assouplir le principe de légalité et de reconnaître l'invocabilité à des circulaires qui ne font que réitérer l'état du droit (P. Combeau, Du nouveau en matière d'invocabilité de l'interprétation administrative : le cas de la doctrine sociale dans la loi de simplification du droit, préc.).

Cette voie législative ou réglementaire reste évidemment périlleuse. C'est pourquoi la question doit être abordée de manière plus pragmatique. Une évolution jurisprudentielle suffirait. En effet, alors que l'arrêt *Duvignères* de 2002 a élargi aux circulaires à caractère impératif la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, la jurisprudence a paradoxalement maintenu l'exigence de son caractère réglementaire au stade de l'invocabilité (pour une illustration récente, v., par ex., CE 3 déc. 2008, *Gilles A.*, n° 295700). Autrement dit, le juge a maintenu les questions de compétence comme critère de recevabilité de l'invocabilité alors qu'elles ne sont plus que des moyens de légalité dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. Cette jurisprudence qui limite la portée de l'arrêt *Duvignères* (v. J. Petit, note préc., RFDA 2003. 518) doit évoluer.

Il paraîtrait souhaitable d'adopter une approche purement empirique des normes applicables, au moins en apparence, aux administrés. Ceux-ci doivent pouvoir invoquer ce que l'administration publie ou leur oppose. La question de savoir si l'administration était compétente ou non pour prendre de telles règles ne devrait pas peser sur les destinataires des circulaires. En revanche, c'est à l'administration de régler la question de sa propre initiative, en abrogeant les dispositions litigieuses, comme elle est d'ailleurs tenue de le faire vis-à-vis de dispositions d'une circulaire qui auront été déclarées entachées d'incompétence. Ainsi, la solution pourrait résider dans un « découplage » des notions d'invocabilité et de compétence réglementaire : le droit pour les personnes de se prévaloir des circulaires que leur applique l'administration (ou qu'elle refuse de leur appliquer), sans que l'on puisse opposer à une interprétation favorable pour l'intéressé le fait que leur auteur était incompétent pour les prendre. Un progrès considérable dans la sécurité juridique des personnes (et des agents économiques) pourrait ainsi être réalisé. ■