



HAL
open science

**”L’affermisssement de la justiciabilité des actes de droit
souple devant le Conseil d’État”, Droit administratif,
LexisNexis, 2020, n° 2, p. 33**

Ludovic Benezech

► **To cite this version:**

Ludovic Benezech. ”L’affermisssement de la justiciabilité des actes de droit souple devant le Conseil d’État”, Droit administratif, LexisNexis, 2020, n° 2, p. 33. Droit administratif, 2020, n° 2, p. 33. hal-02933841

HAL Id: hal-02933841

<https://uca.hal.science/hal-02933841v1>

Submitted on 10 Sep 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'affermissement de la justiciabilité des actes de droit souple devant le Conseil d'État

Note sous :

CE, 16 octobre 2019, 10^e/9^e Chambres réunies n° 433069, *La Quadrature du net*
CE, 21 octobre 2019, 1^{ère}/4^e Chambres réunies, n° 419996, *Association française de l'industrie pharmaceutique pour une automédication responsable, AFIPA*

Ludovic Benezech

Docteur en droit public, Université Clermont Auvergne, CMH EA 4232, F-63000 Clermont-Ferrand, France

L'affermissement de la justiciabilité des actes de droit souple devant le Conseil d'État

Note sous :

CE, 16 octobre 2019, 10^e/9^e Chambres réunies n° 433069, *La Quadrature du net*
CE, 21 octobre 2019, 1^{ère}/4^e Chambres réunies, n° 419996, *Association française de l'industrie pharmaceutique pour une automédication responsable, AFIPA*

- **Dans deux décisions du 16 et du 21 octobre 2019, le Conseil d'État revient sur la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre des actes de droit souple émanant d'autorités administratives.**
- **En écartant, dans ces deux espèces, la fin de non-recevoir opposée par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) et par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM), le Conseil d'État confirme et poursuit sa politique jurisprudentielle visant à justiciabiliser les actes de droit souple dégagés par les autorités de régulation notamment.**
- **L'assouplissement de l'accessibilité du prétoire est au service du renouvellement de l'office du juge administratif.**

Dans la première affaire (CE, 16 octobre 2019, 10^e/9^e Chambres réunies n° 433069, *La Quadrature du net*), le Conseil d'État était invité à se prononcer sur une prise de position de la CNIL relative à la mise en œuvre de son pouvoir de sanction visant à assurer le respect des données

à caractère personnel. Dans deux communiqués du 28 juin et du 18 juillet 2019 publiés sur son site internet, la CNIL a précisé les règles applicables en matière de ciblage publicitaire en ligne et les modalités pratiques du recueil du consentement au dépôt de cookies et de traceurs de connexion. Plus précisément, la CNIL a laissé un délai de six mois aux opérateurs afin de leur laisser le temps d'intégrer les nouvelles règles, plus exigeantes, de recueil du consentement lors de la navigation selon lesquelles « *la simple poursuite de la navigation sur un site ne peut plus être regardée comme une expression valide du consentement au dépôt de cookies* » (CNIL, 18 juillet 2019, « Cookies et autres traceurs : la CNIL publie de nouvelles lignes directrices », <https://www.cnil.fr/fr/cookies-et-autres-traceurs-la-cnil-publie-de-nouvelles-lignes-directrices>) conformément au *Règlement général sur la protection des données*.

Or, deux associations (La Quadrature du net et Calipen) ont déposé un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État, statuant en tant que juge de premier et dernier ressort, aux motifs qu'à travers cette période transitoire, la CNIL aurait accepté la poursuite de la navigation comme expression du consentement au dépôt de cookies et aurait ainsi renoncé à réprimer cette pratique considérée comme illégale.

Dans la seconde affaire (CE, 21 octobre 2019, 1^{ère}/4^e Chambres réunies n° 419996, *Association française de l'industrie pharmaceutique pour une automédication responsable, AFIPA*), le Conseil d'État devait se prononcer sur la légalité de deux recommandations adoptées en janvier 2018 par l'ANSM exposant les éléments pris en considération pour apprécier le respect des dispositions applicables au nom et au conditionnement des médicaments.

Ayant notamment pour objectif de bannir les « *marques ombrelles* » qui consistent, pour un titulaire d'autorisations de mises sur le marché de médicaments délivrés sans prescription médicale, soit à donner à plusieurs médicaments dont la composition varie un nom de fantaisie similaire, soit à nommer un médicament par un nom de fantaisie d'une grande proximité avec la dénomination utilisée par un dispositif médical, un produit cosmétique ou alimentaire, ces recommandations ont été contestées par l'AFIPA devant le Conseil d'État.

Dans ces deux affaires, le Conseil d'État rejette au fond *et non pour irrecevabilité* les requêtes introduites. Il confirme ainsi la portée des désormais célèbres jurisprudences *Fairvesta* (CE., Ass., 21 mars 2016, *Fairvesta*, n° 368082) et *NC Numéricable* (CE., 21 mars 2016, Ass., *NC Numéricable*, n° 390023) solidement installées au sein des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* (M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, DALLOZ, 22^e éd., 2019, p. 940). Les deux décisions commentées

s'inscrivent également dans la droite ligne de la décision d'Assemblée du 19 juillet 2019 (CE., 19 juillet 2019, Ass., *Marine Le Pen*, n° 426389, § 4), selon laquelle, pour faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir, un acte de droit souple dépourvu d'effets juridiques ne doit plus *nécessairement* émaner d'une autorité de régulation.

Aussi, par ses deux décisions (*La Quadrature du net*, *AFIPA*), le Conseil d'État non seulement entérine (I) mais également étend (II) la justiciabilité des actes de droit souple émanant des autorités administratives *lato senso*.

I- L'application renouvelée de la justiciabilité des actes de droit souple

Le juge administratif poursuit l'entreprise de renouvellement de l'accès à son prétoire amorcé il y a trois ans en revenant dans ces deux affaires sur la possibilité de contester des actes de droit souple émanant d'autorités administratives au-delà de la seule sphère économique (A). Le Conseil d'État confirme par la même occasion son approche résolument conséquentialiste des actes de droit souple (B). En effet, il appert que le juge s'intéresse moins à ce que l'acte *est* qu'à ce qu'il *fait* pour conditionner la recevabilité du recours pour excès de pouvoir.

A- La contestabilité d'actes de droit souple au-delà de la seule sphère économique

Depuis les arrêts *Fairvesta* et *NC Numéricable*, le Conseil d'État avait pris soin de préciser qu'un recours pouvait être engagé contre les avis, les recommandations, les mises en garde et prises de position des autorités de régulation dès lors que ces actes étaient de « *nature à produire des effets notables, notamment de nature économique* », ou avaient « *pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent* ». En précisant « *notamment de nature économique* », le juge administratif souhaitait indiquer tout particulièrement qu'il n'entendait pas cantonner la justiciabilité des actes de droit souple à la seule matière économique. À cet égard, la jurisprudence postérieure au 21 mars 2016 avait accepté la recevabilité des recours au-delà du seul champ de la régulation économique. Ainsi, dans la décision *Marcihacy*, le recours contre une délibération

du Conseil supérieur de l'audiovisuel visant à alerter sur le contenu controversé d'un message de sensibilisation à la trisomie avait été apprécié au fond car celle-ci a eu « *pour objet d'influer de manière significative sur le comportement des services de télévision, en les invitant à éviter de procéder à l'avenir à de nouvelles diffusions du message litigieux* » (CE., 10 novembre 2016, 5^e/4^e CR, n° 384691, § 5. L. MARION, « Conclusions », « *Quel recours contre les actes de droit souple du CSA ?*, AJDA, p. 2017, p. 121). De manière analogue, une recommandation de la Haute autorité de santé modifiant les « *habitudes de prescription des praticiens dans le traitement de l'hypertension artérielle, ainsi que les comportements des pharmaciens et des patients eux-mêmes* » (CE., 19 juillet 2017, 1^{ère}/6^e CR, n° 399766, § 20) a été jugée contestable devant le juge de l'excès de pouvoir.

Cette appréciation large du périmètre du droit souple, implicitement évoquée par la jurisprudence *Fairvesta*, est pleinement confirmée par les deux arrêts commentés. En effet, dans la décision *Quadrature du net*, l'entrée en vigueur volontairement différée des nouvelles modalités de recueil du consentement est de « *nature à produire des effets notables tant sur ces opérateurs que sur les utilisateurs et abonnés de services électroniques* » (CE., 16 octobre 2019, 10^e/9^e CR, n° 433069, § 4). De même, dans la décision *AFIPA*, la modification de la dénomination et du conditionnement des médicaments ont pour objet « *d'influer de manière significative sur les comportements des demandeurs et titulaires d'autorisations de mise sur le marché, ainsi que sur les comportements de consommation des patients recourant à l'automédication* » (CE., 21 octobre 2019, 1^{ère}/4^e CR, n° 419996, § 3). La compétence du juge de l'excès de pouvoir semble en outre être confirmée par cette dernière espèce dans laquelle le juge ne s'embarrasse nullement du considérant de principe tiré de la jurisprudence *Fairvesta* et n'évoque même plus la précision relative au champ économique du droit souple. L'absence de référence aux effets notables « *notamment de nature économique* » est à même d'entériner la volonté du Conseil d'État de ne pas restreindre l'accès de son prétoire aux seules contestations des mesures adoptées par les autorités de régulation en matière économique.

Il est par ailleurs intéressant de noter que le Conseil d'État confirme son approche traditionnellement libérale (C. TESTARD, « Le droit souple, une « petite » source canalisée », *AJDA*, 2019, p. 934) de la recevabilité en relevant sobrement que les requérants, deux associations dont l'objet social est « *la défense des libertés sur internet et la protection de la confidentialité des données personnelles* » (CE., 16 octobre 2019, 10^e/9^e CR, n° 433069, § 4), justifient « *d'un intérêt direct et certain* » pour demander l'annulation des communiqués adoptés par la CNIL. La seconde espèce ne soulève sur ce point aucune difficulté, car les laboratoires pharmaceutiques, notamment ceux commercialisant des spécialités non soumises à

prescription médicale, sont évidemment directement concernés par ces nouvelles recommandations.

B- L'approche résolument conséquentialiste des actes de droit souple

Dans les deux décisions commentées, le Conseil d'État confirme pleinement son approche conséquentialiste de l'acte attaqué, lequel va être appréhendé au regard des effets qu'il est susceptible d'engendrer. À cet égard, il est possible de dresser un parallèle avec la mesure d'ordre intérieur qui peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir eu égard à « *sa nature et à l'importance de ses effets sur la situation des détenus* » (CE., 14 décembre 2007, Ass., *Planchenault*, n° 290730 ; CE., 9 novembre 2015, n° 383712, § 3). Une telle analyse est confirmée par la sémantique parfois mobilisée par le juge administratif au-delà de la thématique du droit souple adopté par les autorités de régulation. En effet, dans la récente décision *Lynki*, le Conseil d'État a admis la recevabilité du recours dirigé contre les délibérations du conseil municipal de Cast (même si ce recours ne concerne pas une disposition de droit souple adoptée par une autorité de régulation, cette affaire illustre la volonté d'apprécier l'acte administratif au regard de ses effets) visant à s'opposer au déploiement de compteurs Lynki sur le territoire de la commune, car ces délibérations présentaient la nature « *d'actes faisant grief au regard de leur portée* » (CE., 11 juillet 2019, 3^e/8^e CR, n° 426060, § 3).

Les effets de l'acte n'ont d'ailleurs pas à être juridiques *stricto sensu*. Le rapporteur public A. Lallet a rappelé dans ses conclusions sur l'affaire *Association génération Harki* que le prétoire est de plus en plus « *accueillant à l'égard de mesures dépourvues d'effets juridiques propres mais produisant des effets notables d'une autre nature* » (A. LALLET, « Conclusions », CE., 4 octobre 2019, 10^e/9^e CR, n° 418521, disponibles sur Arianeweb <https://www.conseil-etat.fr/arianeweb/#/view-document/?storage=true>). Dans l'arrêt *Fédération française des sociétés d'assurances*, le Conseil d'État a précisé que si les recommandations adoptées par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution sur les conventions concernant la distribution des contrats d'assurance vie ne « *présentent pas de caractère impératif et n'ont pas vocation à modifier l'ordonnement juridique* » (CE., 20 juin 2016, 9^e/10^e CR, n° 384297, § 4), elles ont néanmoins pour effet de modifier « *sensiblement* » la relation entre les entreprises d'assurances et leurs intermédiaires et qu'elles peuvent donc être contestées par la voie de l'excès de pouvoir. Aussi, le juge rappelle (CE., 19 juillet 2019, Ass., *Marine Le Pen*, n° 426389, § 4) dans la décision *AFIPA* que, même « *dépourvues d'effets juridiques* », les recommandations

de l'ANSM, au regard de leur portée, sont susceptibles d'être contestées. La recevabilité de l'acte querellé réside donc moins dans ce qu'il *dit* que dans ce qu'il *produit*, au-delà de la sphère juridique.

Plus précisément, cette volonté de conditionner la recevabilité du recours à l'importance et à la gravité des conséquences qu'entraîne l'adoption d'un avis, d'une recommandation, d'une ligne directrice ou d'une prise de position est au cœur de la problématique des arrêts *La Quadrature du net* et *AFIPA*. En effet, dans le premier cas, en fixant pour l'ensemble des opérateurs une obligation de mise en conformité assortie d'une « *échéance raisonnable* », le plan d'action de la CNIL pour l'année 2019-2020 engendre des modifications substantielles incontestables tant pour les opérateurs devant modifier les modalités de recueil de consentement lors de la navigation que pour les utilisateurs dont la protection des données personnelles devrait, en principe, être renforcée. Dans la seconde affaire, les recommandations adoptées par l'ANSM visant à « *réduire les risques existant d'erreurs médicamenteuses* » bouleversent véritablement le conditionnement et la dénomination des produits ainsi que les critères désormais pris en compte à l'occasion de l'examen des demandes d'autorisation de mise sur le marché. Il est d'ailleurs intéressant de relever que ces mêmes recommandations n'ont pas été considérées par le juge du référé suspension comme étant susceptibles « *d'avoir des conséquences directes, graves et immédiates sur les conditions d'exercice de l'activité* » des laboratoires concernés.

La problématique qu'un tel raisonnement soulève est naturellement celle du degré d'intensité des effets de l'acte permettant de lier le contentieux devant le juge de l'excès de pouvoir. Or sur ce point, la jurisprudence est, semble-t-il, condamnée à entrer « *dans l'ère de la casuistique pure* » (C. MALVERTI, C. BEAUFILS, « Le Conseil d'État donne du mou au droit souple », *AJDA*, 2019, p. 1994). En effet, il ressort de l'analyse de la jurisprudence postérieure aux décisions *Fairvesta* et *NC Numéricable* que le juge jouit en la matière d'un large pouvoir d'appréciation. Ainsi, dans l'arrêt *Menarini* c'est parce que la recommandation était « ***de nature à modifier les habitudes de prescription des praticiens*** » (CE., 19 juillet 2017, 1^{ère}/6^e CR, n° 399766, § 20) ainsi que le comportement des pharmaciens et des patients que le Conseil d'État juge recevable le recours sans même qualifier et relever le *degré d'intensité* de la modification des habitudes de prescriptions constatées. De même, dans la décision commentée *La quadrature du net*, le juge relève que les communiqués de la CNIL ont pour objet « ***d'influer sur le comportement des opérateurs*** » (CE., 16 octobre 2019, 10^e/9^e CR, n° 433069, § 4) sans préciser si ces dernières avaient, conformément au considérant de principe, pour objet « ***d'influer de manière significative*** » sur le comportement des opérateurs. Il faut néanmoins préciser que le

Conseil d'État relève que la prise de position de la CNIL est « *de nature à produire des effets notables tant sur ces opérateurs que sur les utilisateurs et abonnés de services électroniques* ». C'est donc bien l'introduction peu précise d'un « *seuil de minimis* » (C. MALVERTI, C. BEAUFILS, « Le Conseil d'État donne du mou au droit souple », *op. cit.*, p. 1994) dont témoigne la sémantique mobilisée à travers les expressions « *de manière significative* » ou « *effets notables* » qui conduit le juge administratif à discriminer les actes susceptibles de faire l'objet d'un recours en fonction de l'importance des effets qu'ils produisent. Il est finalement paradoxal que la recevabilité *juridique* soit ainsi conditionnée par un ensemble de considérations *extra-juridique*.

II- L'extension confirmée de la justiciabilité des actes de droit souple

Les deux décisions commentées s'inscrivent pleinement dans une dynamique jurisprudentielle visant à étendre la justiciabilité des actes de droit souple. Loin de la prudence et de la volonté de circonscrire originellement la contestabilité des actes de droit émanant des seules autorités de régulation, le Conseil d'État consacre une nouvelle fois la possibilité de contester par la voie de l'excès de pouvoir une recommandation émise par une simple autorité administrative (A). Cet élargissement significatif de la portée des arrêts fondateurs *Fairvesta* et *NC Numéricable* traduit incontestablement une volonté d'assouplissement de l'accès au prétoire au service d'un renouvellement de l'office du juge administratif (B).

A- Une justiciabilité dépassant les seules autorités de régulation

La lecture des conclusions du rapporteur public sur l'affaire *Fairvesta* permet de mettre en lumière l'apport principal de la décision *AFIPA*. En effet, soucieuse de ne pas ouvrir « *le prétoire à l'encontre de tout acte de droit souple* » (S. VON COESTER, « Les communiqués », *RFDA*, 2016, p. 497), S. Von Coester a pris soin de restreindre la portée de cette petite révolution contentieuse en proposant un double cantonnement : seraient ainsi recevables devant le juge de l'excès de pouvoir seuls les actes émanant d'autorité de régulation et produisant des effets significatifs.

Or, cette volonté de contenir la portée de la jurisprudence *Fairvesta* aux seules autorités de régulation a été fragilisée par un arrêt rendu par la Cour administrative d'appel de

Marseille du 22 juin 2018. En l'espèce, le juge a relevé que le projet stratégique et opérationnel présentant la politique et les orientations de l'établissement public d'aménagement de la Plaine du Var n'est pas « *de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, et n'a pas pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes* » (CAA de Marseille, 22 juin 2018, n° 17MA03851, § 4). Dès lors, la délibération qui approuve ce document ne peut être contestée par la voie de l'excès de pouvoir. Sauf à considérer de manière absurde et erronée que l'EPIC en question est une autorité de régulation, cet arrêt constitue une « *avancée remarquable dans l'extension du périmètre organique fixé par le Conseil d'État en 2016* » (F. BRUNET, « L'aménagement saisi par le droit souple ? », *AJDA*, 2019, p. 955).

Cette première brèche met en perspective les propos du rapporteur public sur l'affaire *NC Numéricable* qui invitait le Conseil d'État à s'en « *tenir, à tout le moins dans un premier temps* » (CE., 21 mars 2016, Ass., *NC Numéricable*, n° 390023, V. DAUMAS, « Conclusions », disponibles sur Arianeweb, <https://www.conseil-etat.fr/arianeweb/#/view-document/?storage=true>), aux recours dirigés contre les actes de droit souple pris par les autorités de régulation dans l'exercice de cette mission. Cette prudence relative trouve un écho tout particulier dans la décision *AFIPA* commentée. En effet, le Conseil d'État entérine solennellement l'extension de la justiciabilité des actes de droit souple en précisant que lesdites recommandations, adoptées non par une autorité de régulation, mais « *prises par une **autorité administrative*** » (CE., 21 octobre 2019, 1^{ère}/4^e CR, n° 419996, § 3) sont, eu égard à leur effet, des actes susceptibles de recours. La substitution terminologique (autorités de régulation devenant autorité administrative) avait déjà été opérée par la décision du Tribunal administratif de Grenoble qui n'avait pas hésité à reproduire à l'identique le considérant de principe posé par les jurisprudences *Fairvesta* et *NC Numéricable* tout en remplaçant (TA de Grenoble, 26 mars 2018, *Société Intérimax International*, n° 1600360, § 2) l'expression « *autorités de régulation* » par celle « *d'autorité administrative* ». Le Conseil d'État n'a pas eu cette audace et continue, lorsqu'il s'agit d'une autorité de régulation, à réitérer intégralement le considérant de principe (à l'image de la décision *La Quadrature du net*) tout en refusant de le mobiliser ou même de le modifier lorsqu'il est question d'un acte de droit souple émanant d'une autorité administrative.

Sur ce point, la décision *AFIPA* s'inscrit dans la droite ligne de l'arrêt *Marine le Pen* rendu en Assemblée le 19 juillet 2019. En effet, saisi d'un recours contestant la délibération du 24 octobre 2018 de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique relative à la déclaration de situation patrimoniale, le Conseil d'État a déclaré recevable cette requête aux

motifs que « *cette prise de position d'une autorité administrative* » (CE., 19 juillet 2019, Ass., *Marine Le Pen*, n° 426389, § 4) est de nature à produire, sur la personne du député qu'elle concerne, « *des effets notables, notamment en termes de réputation, qui au demeurant sont susceptibles d'avoir une influence sur le comportement des personnes, et notamment des électeurs, auxquelles elle s'adresse* ». À l'image de la décision *AFIPA*, le Conseil d'État élargit significativement l'accès au prétoire sans prendre soin de consacrer, au sein d'un considérant de principe, cette extension pourtant décisive. À deux occasions (*Marine le Pen et AFIPA*), le Conseil d'État a manqué de clarifier solennellement le champ d'application de la contestabilité des actes de droit souple émis par les très nombreuses autorités administratives. Faut-il y voir une marque de prudence (ou de timidité) visant à procéder par petits pas dans un domaine susceptible de venir substantiellement engorger le prétoire du Conseil d'État ? La jurisprudence ultérieure sera sans doute amenée à officialiser cette mutation. Quoiqu'il en soit, il faut admettre que la possibilité de contester les recommandations émises par *l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé* qui n'est pas une autorité de régulation (A. SÉE, *La régulation du marché en droit administratif. Étude critique*, MARE ET MARTIN, 2018 ; G. MARCOU, « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 347) visée par l'article R. 311-4 du Code de justice administrative, mais un établissement public de l'État visant à assurer la sécurité sanitaire des médicaments et des produits de santé, donne raison à la prophétie du rapporteur public R. Victor, qui, dans ses conclusions sur l'arrêt *Bourgeois*, relevait que « *la digue du critère organique cédera vraisemblablement un jour* » (cité par F. BRUNET, « L'aménagement saisi par le droit souple ? », *AJDA*, 2019, p. 955).

B- L'accessibilité du prétoire au service du renouvellement de l'office du juge

L'assouplissement des conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir qu'illustrent une nouvelle fois les décisions *La Quadrature du net* et *AFIPA* soulève un certain nombre d'interrogations.

Premièrement, le Conseil d'État est saisi dans ces deux affaires en tant que juge de premier et dernier ressort conformément à la lettre de l'article R. 311-1 du Code de justice administrative (CJA) qui dresse la liste exhaustive des autorités de contrôle ou de régulation dont les décisions peuvent être contestées devant le Conseil d'État. Or, si la CNIL figure expressément dans cette liste (ce qui rend la décision *La Quadrature du net* irréprochable sur ce point) tel n'est pas le cas en revanche de *l'Agence nationale de sécurité du médicament et*

des produits de santé dans l'arrêt *AFIPA*. La question qui se pose est celle de savoir si les recours exercés contre les actes adoptés par l'ensemble des autorités administratives figurant ou non au sein de l'article R. 311-1 du CJA relèvent d'office de la compétence du Conseil d'État. En d'autres termes, la requête doit-elle nécessairement et obligatoirement être déposée devant le Conseil d'État excluant ainsi irrémédiablement l'hypothèse d'une compétence des tribunaux administratifs ? La question est d'autant plus ouverte que le considérant de principe posé par les arrêts *Fairvesta* et *NC Numéricable* (et repris constamment depuis) ne précise pas que le recours doit être introduit devant le Conseil d'État, mais devant le « *juge de l'excès de pouvoir* » comme si finalement le juge administratif n'écartait pas formellement l'hypothèse de la compétence des tribunaux administratifs en la matière. Dans l'affaire *Longo-Ciprelli*, le Conseil d'État avait bien précisé qu'il était compétent pour connaître en premier et dernier ressort des recours dirigés contre les décisions prises par les organes des autorités « *mentionnées à cet alinéa* » (CE., 18 décembre 2013, *Mme Longo-Ciprelli*, n° 365844) au titre de leur mission de contrôle ou de régulation. En outre, depuis l'adoption du décret du 22 février 2010 (décret n° 2010-164 du 22 février 2010 *relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives*), le 4° de l'article R. 311 du CJA ne mentionne plus les « *recours dirigés contre les décisions administratives des organismes collégiaux à compétence nationale* », mais énonce désormais que le Conseil d'État est compétent pour connaître en premier et dernier ressort des « *recours dirigés contre les décisions prises par les organes des autorités suivantes, au titre de leur mission de contrôle ou de régulation* » (liste exhaustive au sein de laquelle ne figure pas l'ANSM). Ce n'est donc pas le 4° mais le 2° de l'article R. 311-1 du CJA qui fonde la compétence du Conseil d'État dans l'arrêt *AFIPA*. En effet, ce deuxième alinéa évoque les « *recours dirigés contre les actes réglementaires des ministres et des autres autorités à compétence nationale et contre leurs circulaires et instructions de portée générale* ». Or, la décision du 18 juin 2015 du Tribunal administratif de Montreuil a reconnu précisément que l'ANSM « *est dotée d'un pouvoir réglementaire* » et qu'elle présente donc « *le caractère d'une autorité à compétence nationale au sens du 2°* » (TA de Montreuil, 18 juin 2015, n° 1301688, § 5) de l'article R. 311-1 du CJA. Dans une décision du 7 décembre 2015, le Conseil d'État a confirmé cette analyse, et, selon les termes du rapporteur public, l'ANSM est bien une autorité à compétence nationale qui jouit d'un pouvoir réglementaire (G. PELLISSIER, « *Conclusions* », CE., 7°/2° CR, 7 décembre 2015, n° 391283, disponibles sur Arianeweb <https://www.conseil-etat.fr/arianeweb/#/view-document/?storage=true>). Il en découle que le Conseil d'État est désormais compétent en premier et dernier ressort pour connaître des recours dirigés contre les actes de droit souple adoptés soit par les autorités de régulation (citées

nominativement) soit par les autorités administratives dès lors qu'elles présentent le caractère d'une autorité à compétence nationale jouissant d'un pouvoir réglementaire.

Deuxièmement, en présence d'une compétence discrétionnaire, le Conseil d'État n'opère dans le contentieux des actes de droit souple adoptés par les autorités administratives qu'un contrôle restreint (il est vrai qu'il peut opérer un contrôle dit normal « *au-delà du contrôle de la simple erreur manifeste* », comme l'illustre la décision CE., 10 novembre 2016, 4^e/5^e CR, n° 384691, § 10. C. TESTARD, « Le droit souple, une « petite » source canalisée », *op. cit.*, p. 934) limité notamment à l'erreur manifeste d'appréciation. Cette timidité du juge administratif, néanmoins classique dans le cadre d'une compétence discrétionnaire, est particulièrement illustrée par le faible taux d'annulation prononcée par le juge : à une seule reprise dans près d'une quinzaine de décisions, le juge administratif a procédé à l'annulation de « *la fiche de bon usage du médicament, élaborée par la Haute Autorité de santé* » (CE., 19 juillet 2017, 1^{ère}/6^e CR, n° 399766, § 21). Invité à se prononcer dans des domaines souvent très technique et parfois très complexe, le Conseil d'État semble s'en remettre, sauf illégalité flagrante, à l'appréciation souveraine de ces autorités. Il rappelle d'ailleurs dans la première espèce que la CNIL dispose, dans l'usage des prérogatives qui lui ont été conférées pour l'accomplissement de ses missions, « *d'un large pouvoir d'appréciation* » (CE., 16 octobre 2019, 10^e/9^e CR, n° 433069, § 6). Ce contrôle de surface ne doit pas être instrumentalisé pour instituer une apparence de légalité servant de caution juridictionnelle pour asseoir la légitimité décisionnelle des autorités administratives. Il n'est évidemment pas souhaitable de laisser aux autorités en question la possibilité de développer un pouvoir à l'abri de tout contrôle juridictionnel (Étude annuelle du Conseil d'État 2013 : Le droit souple, La Documentation française, p.61) mais encore faut-il que ce contrôle soit suffisant exigeant pour assurer au principe de légalité administrative une portée non pas illusoire mais concrète. Sur ce point il faut préciser que le Conseil d'État se prononce, dès lors qu'ils sont soulevés devant lui, sur l'ensemble des moyens tirés tant de la légalité interne qu'externe. Par exemple dans l'arrêt *La Quadrature du net*, il procède à un véritable contrôle de conventionnalité des recommandations de la CNIL et écarte l'atteinte supposément excessive portée au droit au respect de la vie privée (tiré de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme) et du droit à la protection des données (tiré de l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne).

Enfin, troisièmement, l'élargissement de la possibilité d'exercer un recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes de droit souple traduit la volonté pour le Conseil d'État de ne pas être dépassé par l'irruption fulgurante de cette nouvelle forme de normativité en pleine expansion. En effet, les deux décisions commentées, lues à la lumière des arrêts du 16 juillet

2019 et du 23 mars 2016, s'inscrivent dans le cadre d'une politique jurisprudentielle bien déterminée visant à replacer le Conseil d'État au centre des enjeux juridiques contemporains. L'accélération de l'ouverture du prétoire aux actes de droit souple émanant *potentiellement* de toutes les autorités administratives est une manière de réinvestir le champ d'une nouvelle normativité, moins impérative *stricto sensu*, mais pas moins redoutable pour autant. La dynamique d'extension de la portée de la jurisprudence *Fairvesta* permet au Conseil d'État de ne pas être évincé des nouveaux enjeux juridiquement prometteurs. En assouplissant ainsi les règles de recevabilité, le Conseil d'État s'assure du renouvellement de son office.

Enfin et pour conclure, un parallèle peut être dressé avec une autre tendance jurisprudentielle récente relative à l'encadrement du délai de recours contentieux. La jurisprudence *Fairvesta* ainsi que ses deux dernières applications, s'inscrivent somme tout à rebours de la logique de rationalisation et de limitation du droit au juge consacrée par la jurisprudence *Czabaj* (CE., 13 juillet 2016, Ass., n° 387763, § 5 ; CE., 31 juillet 2019, n° 422469, § 2 ; CE., 24 juillet 2019, n° 417753, § 1). Faut-il établir un lien entre ces deux mouvements contraires, initiés il y a trois ans ? Ce que le juge a donné d'une main avec les actes de droit souple ne l'aurait-il pas repris de l'autre en limitant le délai pour contester les actes de droit dur ? Cette interrogation est essentielle car elle renvoie, en réalité, à la question indépassable du droit au juge, « *droit des droits* » (N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, p. 238).

Mots clefs :

recevabilité ; recours pour excès de pouvoir ; actes de droit souple ; autorité de régulation ; autorité administrative.