



Université de Montpellier
Faculté de Droit et de Science politique



Master II Droit public général – Parcours Droit administratif

RHETY Cathy-Anne

2020 - 2021

La notion « *d'effet utile* » dans l'office du juge de l'excès de pouvoir

**Réflexion sur la jurisprudence *Conseil d'Etat, 19 juillet 2019,*
*Association des Américains accidentels***

Mémoire réalisé sous la direction de Madame le Professeur Pascale IDOUX et de
Monsieur Denis CHABERT, Vice-président du tribunal administratif de Montpellier

« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; celles-ci doivent être considérées comme propres à leur auteur ».

REMERCIEMENTS

En tout premier lieu, je tiens à remercier Madame le Professeur Pascale Idoux et Monsieur le Vice-président du tribunal administratif de Montpellier, Denis Chabert, pour avoir accepté de diriger ce mémoire, ainsi que pour leur aide, leur disponibilité et leur bienveillance lors de ce travail de recherche.

En outre, j'adresse ma gratitude à toute l'équipe des professeurs et intervenants du Master II Droit public général pour la richesse et la qualité de leurs enseignements.

Je souhaite également faire part de l'honneur et du plaisir que j'ai eu à passer cette année en alternance au sein du tribunal administratif de Montpellier. Dès lors, je remercie l'ensemble des membres de la juridiction pour leur gentillesse et leur accueil, ainsi que mes collègues et amis, assistant du contentieux, assistant de justice et stagiaires (Médéric, Robin, Margot, Samuel, Corentin, Killian, Pacôme et Félix.)

Enfin, mes pensées vont tout particulièrement à Thibault dont l'aide, le soutien, la générosité et la gentillesse m'ont été indispensables dans la réalisation de ce mémoire, ainsi que pour sa nécessaire présence à mes côtés au quotidien.

LISTE DES PRINCIPAUX ACRONYMES ET ABREVIATIONS

ACRP	Autorité de contrôle prudentiel et de résolution
AJDA	Actualité juridique Droit administratif
Al.	Alinéa
Art.	Article
Ass.	Assemblée
c/	Contre
CAA	Cour administrative d'appel
Ccl.	Conclusions
CE	Conseil d'Etat
Chron.	Chronique
Cf.	<i>Confer</i>
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Cons. Constit	Conseil Constitutionnel
Cons. Conc.	Conseil de la Concurrence
Consid.	Considérant
DA	Droit administratif
Déc.	Décision
Ex.	Exemple
<i>Ibid</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
JCP	Juris-classeur périodique (La Semaine Juridique)
JO	Journal officiel
n°	Numéro
OMC	Organisation mondiale du commerce
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> (œuvre citée)
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rec.	Recueil
RFDA	Revue française de droit administratif
p.	Page
Sect.	Section
s.	Suivants
t.	Tome
TA	Tribunal Administratif
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
vol.	Volume

SOMMAIRE

PARTIE 1 - LA DEFINITION SINGULIERE DE L'EFFET UTILE DANS LE CADRE DE L'OFFICE DU JUGE DE L'EXCES DE POUVOIR

Chapitre 1 - L'approche générale des diverses acceptions de la notion d'effet utile par une définition empirique

Section 1 - Une notion ancienne diversement employée par les juridictions supranationales et le juge constitutionnel français

Section 2 - Une notion récente spécifiquement utilisée par le juge de l'excès de pouvoir dans le cadre de la définition de son office

Chapitre 2 - L'approche spécifique au juge de l'excès de pouvoir de la notion d'effet utile par une définition téléologique

Section 1 - La redéfinition des objectifs du juge de l'excès de pouvoir par la quête d'effectivité et d'utilité de son intervention

Section 2 - La redéfinition de l'office du juge de l'excès de pouvoir par la vertu émancipatrice de l'effet utile

PARTIE 2 - LES IMPLICATIONS PRATIQUES DE L'EFFET UTILE SUR LE CONTENTIEUX DE L'EXCES DE POUVOIR

Chapitre 1 - Le développement d'une palette d'instruments à la disposition du juge de l'excès de pouvoir pour assurer l'effet utile de ses décisions

Section 1 - L'amplification du pouvoir d'injonction et des techniques de régularisation au service de l'effet utile des décisions

Section 2 - Le développement d'une approche dynamique de la légalité au service de l'effet utile des décisions

Chapitre 2 - Les conséquences du renouvellement de l'office du juge de l'excès de pouvoir par l'effet utile sur le déroulement du procès administratif

Section 1 - L'évolution du rôle du juge de l'excès de pouvoir au stade de l'instruction

Section 2 - La mutation du rôle des parties dans la procédure contentieuse de l'excès de pouvoir

« C'est proprement ne rien valoir que de n'être utile à personne. »
(R. DESCARTES, Discours de la méthode, 1637)

INTRODUCTION

« *L'office du juge de l'excès de pouvoir est un chantier en perpétuelle évolution* »¹ et la jurisprudence *Association des Américains accidentels*² rendue par l'assemblée du contentieux du Conseil d'État en date du 19 juillet 2019 est une pierre supplémentaire apposée sur l'édifice centenaire que constitue le recours pour excès de pouvoir³.

L'arrêt *Association des Américains accidentels* et son contexte - Dans son arrêt rendu le 19 juillet 2019, le juge du Palais royal, saisi d'un refus implicite du ministre de l'Action et des Comptes publics d'abroger deux arrêtés ministériels, est venu remettre en cause le principe appliqué de longue date par les juridictions administratives⁴ et affirmé à de multiples reprises par la doctrine⁵ selon lequel le juge de l'excès de pouvoir apprécie la légalité des actes administratifs qui lui sont soumis au regard des circonstances de fait et des règles de droit existantes au jour de leur édicition.

L'existence de cette règle, voire de ce principe⁶, enseignée aux étudiants de deuxième année de droit comme constituant une des principales distinctions entre le recours pour excès de pouvoir et le recours de plein contentieux⁷, est à mettre en lien avec la conception origininaire du recours pour excès de pouvoir. En, effet, ce recours est considéré comme un recours un formé contre un acte (et non contre une personne physique ou morale)⁸ et ayant une fonction

¹ G. EVEILLARD, « Office du juge de l'excès de pouvoir - La limitation du « principe » de l'économie de moyens », *DA* n°4, avril 2019, comm. 22

² CE, Ass., 19 juillet 2019, n° 424216, 424217, *Association des Américains accidentels*

³ Le recours pour excès de pouvoir a été créé par le Conseil d'État à partir des années 1820 (voir à cet égard C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2020-2021, p.59)

⁴ Voir par ex. CE, Sect., 22 juillet 1949, n°85735, *Société des automobiles Berliet* ; CE, 12 mai 1972, n°82182, *Godfrin* ; CE, Sect., 30 juillet 2003, n°237201, *Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs*

⁵ Voir par ex. R. ODENT, *Contentieux administratif*, Dalloz, 2007, t. 2, p.294 : « la légalité d'une décision administrative est appréciée au regard de la situation existante et des règles de droit applicables le jour où cette décision est prise » ou encore G. VEDEL, P. DELVOLLE, *Droit administratif*, t. 2, PUF. 1992, p. 299 : « comme l'atteste une nombreuse jurisprudence, la légalité d'une décision administrative doit s'apprécier d'après les données de fait existantes et les règles de droit applicables au jour où a été pris l'acte attaqué » (cités par B. GENEVOIS « A quelle date apprécier la légalité d'un acte administratif dans le contentieux de l'excès de pouvoir ? Le problème général », *RFDA* 2020 p.457)

⁶ Utilisation expresse par le Conseil d'État de la notion de principe : CE, Sect., 30 juillet 2003, n°237201, *Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs*

⁷ Voir par ex. P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, Dalloz, éd. 2011, t. 2, p.540

⁸ Tel que l'affirme Édouard Lafferrière, le recours pour excès de pouvoir est un « *procès fait à un acte* » (E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 2^{ème} éd., 1896, t. 2, p.561)

disciplinaire⁹ ou du moins d'utilité publique¹⁰, visant à contraindre l'Administration au respect du principe de légalité. Le juge de l'excès de pouvoir, contrairement au juge de plein contentieux, n'a pas pour rôle de se prononcer sur l'existence d'un droit reconnu à un administré, mais avant tout de sanctionner toute violation du droit par l'Administration. Cette fonction justifiait (et justifie encore dans un grand nombre de cas) que le juge se prononce sur la légalité de l'acte adopté par l'Administration au jour de son édicton dès lors qu'il était difficilement concevable que ce dernier puisse venir sanctionner, par l'annulation de sa mesure, une autorité administrative qui aurait méconnu des règles qui n'existaient pas encore au jour de sa décision.

Cette règle, caractéristique du recours pour excès de pouvoir, jusqu'alors jamais remise en cause (à quelques tempéraments près¹¹) et largement ancrée en droit du contentieux administratif, n'a pourtant pas été épargnée par l'entreprise de redéfinition de l'office du juge de l'excès de pouvoir menée tant par le Conseil d'État que le législateur. Les mutations successives qu'a connu le recours pour excès de pouvoir s'inscrivent principalement dans l'émergence puis le déploiement de deux courants. Le premier, initié dès la seconde moitié du XX^{ème} siècle, et régulièrement ravivé depuis, tend à assurer l'« *effectivité et l'utilité* »¹² de l'intervention du juge. Ce mouvement, porté par une partie de la doctrine regrettant l'incapacité du recours pour excès de pouvoir à résoudre pleinement la situation litigieuse à l'origine de la saisine du juge¹³ et influencé par le droit européen¹⁴, a justifié l'octroi, par la loi du 8 février 1995¹⁵, d'un pouvoir d'injonction au juge administratif. Cette volonté a régulièrement conduit le Conseil d'État à aménager son office de manière favorable à l'utilisation de cette prérogative. En 2019, c'est le législateur qui est de nouveau intervenu afin d'approfondir davantage le pouvoir d'injonction du juge administratif en lui permettant d'en faire usage d'office¹⁶, c'est à dire en l'absence même de sollicitation en ce sens de la part des

⁹ C. BROUELLE, *op. cit.*, p.60

¹⁰ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} éd, 2008, p.230

¹¹ Voir à cet égard l'article de Bruno Genevois dans lequel ce dernier donne comme exemple le cas où une loi prévoit expressément la date à laquelle la légalité de certains actes doit être appréciée, ou encore les cas où le juge tient compte d'éléments postérieurs à l'édiction de la décision litigieuse, en particulier pour établir certains faits d'espèces ou déterminer la portée réelle de l'acte (B. GENEVOIS, *art. cit.*)

¹² J-H. STAHL, « Mutation », *DA* n°8-9, août 2020, repère 8

¹³ Par ex : J. RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Dalloz* 1962, chron. 39, p. 7

¹⁴ C. BROUELLE, *op. cit.*, p.65

¹⁵ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative

¹⁶ Loi n°2019-222 du 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

parties au litige. Le second mouvement, un peu plus récent et initié par la jurisprudence, cherche, dans un souci de sécurisation et de stabilité des situations juridiques, à limiter les cas d'annulation contentieuse et à favoriser le déploiement de techniques de régularisation des actes administratifs¹⁷. C'est ainsi que le Conseil d'État a développé les techniques de substitution de base légale¹⁸, de substitution de motifs¹⁹, d'annulation partielle²⁰, *etc.* Ce mouvement a été repris par le législateur qui à son tour a instauré, dans certains contentieux, et notamment en contentieux du droit de l'urbanisme, des mécanismes de régularisation en cours d'instance ou post-jugement²¹. La jurisprudence *Association des Américains accidentels* s'inscrit dans ces deux tendances.

Dans l'arrêt rendu par le Conseil d'État le 19 juillet 2019, l'Association des Américains accidentels entendait défendre les droits de ses membres de nationalité américaine, résidant en France pour certains depuis plusieurs années voire plusieurs générations, et forcés de s'acquiescer, du seul fait de leur nationalité, de certaines taxes auprès de leur pays d'origine. À cet égard, et en vue de lutter contre l'évasion fiscale, la France et les États-Unis ont conclu un accord bilatéral permettant aux administrations fiscales américaine et française d'échanger directement certaines données concernant ces américains expatriés. Cet accord a donné lieu à la prise par le ministre des Finances du décret n°2015-907 du 23 juillet 2015 et de l'arrêté du 25 juillet 2017 instaurant un système de traitement de données permettant la collecte et le transfert de certaines informations à caractère personnel de ces personnes aux autorités fiscales américaines. C'est dans ce contexte que l'association des Américains accidentels a formulé auprès du ministre de l'Action et des Comptes publics une demande d'abrogation de ces actes réglementaires. À défaut de réponse de la part de ce dernier, l'association a formé un recours

¹⁷ J-H. STAHL, *art. cit.*

¹⁸ Cette technique permet à l'Administration, lorsque son acte est fondé sur un texte inapproprié et lorsque cette dernière aurait pu prendre la même décision sur le fondement du texte applicable, de demander au juge de substituer le texte approprié à celui appliqué à tort (voir par ex : CE, Sect., 3 déc. 2003, n°240267, *El bahi*)

¹⁹ Cette technique permet à l'Administration d'invoquer devant le juge un motif existant à la date de sa décision, mais n'y figurant pas (généralement par omission de sa part) qui lui aurait permis de prendre légalement la même décision. Comme pour la substitution de base légale, le juge peut, sous certaines conditions, substituer ce motif aux motifs illégaux qui fondent la décision attaquée (voir CE, Sect., 6 février 2004, n°240560, *Hallal*)

²⁰ Aussi appelée « annulation en tant que ». Voir : CE, 29 juin 2001, n°213229, *M. Vassilikiotis* (cas d'une annulation d'une décision en tant qu'elle ne prévoit pas quelque chose) ; CE, 5 mars 2003, n°241325, *Titran* (cas de l'annulation de certaines dispositions d'un arrêté en tant qu'elles prévoient quelque chose d'illégal)

²¹ C'est notamment le cas des articles L.600-5 et L.600-5-1 du code de l'urbanisme respectivement instaurés par la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement et l'ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme. Plus récemment, par la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, créant un article L. 600-9 au sein du code de l'urbanisme, a transposé le mécanisme de régularisation en cours d'instance prévue par l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme concernant les autorisations d'urbanisme à certains vices concernant les documents d'urbanisme.

en annulation contre la décision implicite de refus d'abrogation qui lui a été opposée. Si cet arrêt, concluant finalement au rejet de la requête, présente de nombreux intérêts sur la question du droit relatif au traitement des données à caractère personnel, c'est surtout sur l'aspect contentieux que cette décision constitue une véritable avancée et qu'elle sera étudiée tout au long de cette réflexion.

En effet, plutôt que d'apprécier la légalité du refus opposé par le ministre à l'association requérante, en se plaçant à la date de naissance de la décision implicite de rejet, le Conseil d'État va estimer que « *l'effet utile de l'annulation pour excès de pouvoir du refus d'abroger un acte réglementaire illégal réside dans l'obligation, que le juge peut prescrire d'office en vertu des dispositions de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, pour l'autorité compétente, de procéder à l'abrogation de cet acte afin que cessent les atteintes illégales que son maintien en vigueur porte à l'ordre juridique* »²² et va en déduire qu'il résulte de cette affirmation que « *dans l'hypothèse où un changement de circonstances a fait cesser l'illégalité de l'acte réglementaire litigieux à la date à laquelle il statue, le juge de l'excès de pouvoir ne saurait annuler le refus de l'abroger. À l'inverse, si, à la date à laquelle il statue, l'acte réglementaire est devenu illégal en raison d'un changement de circonstances, il appartient au juge d'annuler ce refus d'abroger pour contraindre l'autorité compétente de procéder à son abrogation* »²³. Ce raisonnement lui permet *in fine* d'affirmer que, dans ce cadre, « *lorsqu'il est saisi de conclusions aux fins d'annulation du refus d'abroger un acte réglementaire, le juge de l'excès de pouvoir est conduit à apprécier la légalité de l'acte réglementaire dont l'abrogation a été demandée au regard des règles applicables à la date de sa décision* »²⁴.

En adoptant cette solution, le Conseil d'État permet au juge de l'excès de pouvoir de tenir compte dans le cadre de son contrôle de légalité de l'intervention d'un changement de circonstances de droit et/ou de fait entre la date d'édition de l'acte litigieux (en l'occurrence, la date à laquelle le refus implicite de l'Administration de procéder à l'abrogation du décret et de l'arrêté litigieux est né) et la date à laquelle il statue. Cela lui permet dans un sens de sauver de l'annulation une décision devenue légale du fait de l'écoulement du temps, et *de facto* d'éviter l'abrogation de l'acte réglementaire objet de demande d'abrogation. Dans le sens inverse, cela permet au juge administratif d'annuler une décision de refus d'abrogation

²² CE, Ass., 19 juillet 2019, n^{os} 424216, 424217, *Association des Américains accidentels*, consid. 5

²³ CE, Ass., 19 juillet 2019, n^{os} 424216, 424217, *Association des Américains accidentels*, consid. 5

²⁴ CE, Ass., 19 juillet 2019, n^{os} 424216, 424217, *Association des Américains accidentels*, consid. 6

devenue illégale à la date du jugement (bien que légale au jour où elle a été opposée au requérant) et d'enjoindre à l'Administration d'abroger l'acte réglementaire litigieux. Si, dans le premier cas, la solution s'inscrit dans la logique de régularisation des actes administratifs et, dans le second, cette dernière permet d'éviter au requérant de « *reprendre un ticket pour le manège contentieux* »²⁵, il n'en demeure pas loin que par ce raisonnement, le Conseil d'État se place en opposition avec le principe, jusqu'alors jamais remis en cause, d'appréciation de la légalité par le juge de l'excès de pouvoir au jour de l'édition de l'acte litigieux.

Ce déplacement du point de contrôle de la légalité des actes soumis au juge de l'excès de pouvoir visant à permettre à ce dernier de s'adapter aux circonstances de l'espèce s'intègre pleinement dans ce que Matthias Guyomar nomme d'« *appréciation dynamique de la légalité* »²⁶. Cette expression vise à désigner la capacité du juge à appréhender la légalité des décisions qui lui sont soumises en tenant compte de l'écoulement du temps. Le recours à une telle « *approche contemporaine de la légalité* »²⁷ est appelé de leurs vœux par certains rapporteurs publics du Conseil d'État dans les domaines des décisions de refus depuis quelques années déjà²⁸. En outre, l'existence d'un rapport entre l'office du juge administratif et le temps est mise en avant dans les travaux de Damien Connil²⁹. Selon lui, « *pour rendre des décisions efficaces [le juge] doit s'attacher à maîtriser le temps qui se déroule devant lui et qui continue de faire œuvre* »³⁰. Il fait remarquer que de nombreuses mutations majeures de l'office du juge administratif ont un lien direct avec la prise en compte par ce dernier de la question de l'effet dans le temps de ses propres décisions³¹. Selon lui, le critère temps a amené la juge « *à repenser la question qu'il se fait de son propre office* »³². La prise en compte d'une donnée temporelle « *traduit la volonté de ce dernier de porter une attention aux situations concrètes*

²⁵ M. SIRINELLI, ccl. sur CE, 23 déc. 2020, n°431520, *M. Guillemain et a.* En effet, si le Conseil d'État rejette la requête au prétexte qu'au jour de la date du refus, une telle décision était légale, le requérant sera forcé, en cas de changement de circonstances, de formuler une nouvelle demande d'abrogation auprès de l'autorité administrative, et le cas échéant de former un nouveau recours contre l'éventuel refus qui lui sera opposé.

²⁶ M. GUYOMAR, P. COLLIN, « Le début d'une révolution pour la juridiction administrative », *AJDA* 2014, p.99

²⁷ B. GENEVOIS, *art. cit.*

²⁸ Voir à cet égard A. BRETONNEAU, « Le droit au "déréférencement" et la directive sur la protection des données personnelles » (ccl. sur CE, 24 fév. 2017, n°391000, *Mme Chupin et a.*), *RFDA* 2017, p. 535 ; ou encore, O. HENRARD, ccl. sur CE, 10 fév. 2017, n°392245, *M. Girard*

²⁹ D. CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz - Nouvelle Bibliothèque de thèse - vol.114, 2012, 904 p.

³⁰ D. CONNIL, « (quelques remarques sur) L'office du juge administratif et le temps », in J-F. LAFAIX (dir.), *Le renouvellement de l'office du juge administratif*, Berger-Levrault, 2017, p.243

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

qui lui sont soumises et aux conséquences de son intervention »³³.

En analysant le raisonnement mené par le Conseil d'État pour justifier ce recours soudain à une appréciation dynamique de légalité, il apparaît que ce dernier fonde sa solution sur l'« *effet utile* »³⁴ de l'annulation qu'il pourra potentiellement prononcer. Il est d'ailleurs précisé que dans le cas d'espèce, l'effet utile de l'annulation pour excès de pouvoir d'un refus d'abroger un acte réglementaire illégal réside dans la mise en œuvre par le juge de son pouvoir d'injonction à fin d'ordonner à l'Administration de procéder à l'abrogation de l'acte litigieux. Ainsi, dès lors que la décision rendue par le juge n'est susceptible de revêtir un effet utile qu'à condition que ce dernier soit en mesure d'user de son pouvoir d'injonction, il est désormais admis qu'il apprécie la légalité de la décision qui lui est soumise au regard des circonstances existantes au jour où il statue. Finalement, il semble ressortir de cette solution que la fin (assurer l'effet utile de l'annulation) justifie les moyens (le recours à l'appréciation dynamique de la légalité).

Définition des termes du sujet et enjeux liés à la notion d'effet utile au sens de la jurisprudence *Association des Américains accidentels* - Si la notion d'effet utile semble être le fondement et la justification de l'innovation venant d'être décrite en matière d'office du juge de l'excès de pouvoir, il s'agit d'une notion jusqu'à lors jamais utilisée (du moins de façon expresse) par le Conseil d'État dans le cadre d'une redéfinition prétorienne des contours de son office. Cela interroge dès lors sur sa signification pour le juge suprême de l'ordre administratif dans ce contexte précis.

À cet égard, il convient de préciser que l'office du juge renvoie de façon générale à sa mission qui est celle de « *rendre la justice, de dire le droit pour trancher les litiges* »³⁵. Cette notion revêt en réalité deux dimensions³⁶. D'une part, la question de l'office du juge, renvoie au rôle du juge dans l'ordre juridique, c'est-à-dire aux implications de sa fonction de rendre la justice. Cette fonction comporte une dimension créatrice dès qu'en appliquant des règles de droit à chaque cas d'espèce, il opère un arbitrage entre différents intérêts en présence et crée ainsi des

³³ *Ibid.*

³⁴ CE, Ass., 19 juillet 2019, n^{os} 424216, 424217, *Association des Américains accidentels*, consid. 5

³⁵ J-F LAFAIX « Rendre la justice en matière administrative », in J-F LAFAIX (dir.), *Le renouvellement de l'office du juge administratif*, Berger-Levrault, 2017, pp.13-14

³⁶ *Ibid.*

normes³⁷. D'autre part, la notion d'office du juge renvoie au rôle de ce dernier dans le procès et porte davantage sur ses pouvoirs et ses devoirs dans le cadre de l'examen de la légalité des décisions administratives qui lui sont soumises³⁸. C'est sous ce second aspect que la notion d'office du juge de l'excès de pouvoir sera principalement abordée.

Le recours pour excès de pouvoir désigne quant à lui un des différents recours susceptibles d'être présentés devant les juridictions administratives. Selon la classification des différents recours en fonction des pouvoirs du juge réalisée par Édouard Laferrière, le « *recours pour excès de pouvoir* »³⁹, ou « *contentieux de l'annulation* »⁴⁰, est celui dans lequel le juge dispose de pouvoirs limités à la simple possibilité d'annuler l'acte soumis à son contrôle. Il se distingue du contentieux de pleine juridiction dans lequel le juge dispose de pouvoirs plus variés et notamment celui de réformer la décision, ainsi que du contentieux de l'interprétation et de celui de la répression⁴¹. Selon une autre classification établie par Léon Duguit et Marcel Waline⁴² reposant sur la nature de la question posée par le requérant au juge, le contentieux objectif, auquel peut se rattacher le recours pour excès de pouvoir au sens défini par Édouard Laferrière, désigne les contentieux dans lesquels la question posée au juge vise à ce que ce dernier contrôle la conformité d'un acte au droit. À l'inverse, le contentieux subjectif est celui dans lequel le requérant demande au juge de le reconnaître comme titulaire d'un droit subjectif⁴³. Si aucune de ces classifications ne permet d'établir une grille d'analyse complète du droit positif, ces dernières présentent un intérêt pédagogique et permettent de faire correspondre un recours à telle ou telle catégorie et d'en déterminer son régime juridique⁴⁴. Dans la pratique, le recours pour excès de pouvoir est ainsi opposé aux recours de pleine juridiction parmi lesquels il convient de distinguer les recours objectifs de pleine juridiction et les recours subjectifs de pleine juridiction⁴⁵.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ B. DEFOORT, « Le paradoxe du contentieux des actes administratifs unilatéraux : à propos de quelques arrêts récents », *RFDA* 2018, p.1071

³⁹ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 2^{ème} éd., 1896, t. 2, p.15 et s, (cité par R. CHAPUS, *op. cit.* p. 209 à 211)

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

⁴² M. WALINE, « Vers un reclassement des recours du contentieux administratif ? », *RDP* 1935, p.205, (cité par R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 209 à 211)

⁴³ R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 209 à 211

⁴⁴ C. BROUELLE, *op. cit.*, p.59

⁴⁵ O. FUCHS, « L'office du juge et la structure du contentieux administratif : le lent déclin d'une étoile », in J-F. LAFAIX, *op.cit.* p.201 et s.

Ces considérations étant posées, il y a lieu d'insister sur le fait que l'interrogation qui se pose quant à la signification de la notion d'effet utile pour le juge de l'excès de pouvoir dans le cadre de son office est d'autant plus prégnante que la solution rendue dans la jurisprudence *Association des Américains accidentels* est loin d'être restée un cas isolé. En effet, celle-ci, ainsi que la référence expresse à la notion d'« effet utile »⁴⁶ qui en constitue son fondement, ont connu de nombreuses applications tant par Conseil d'État que par les Cours administratives d'appel et tribunaux administratifs⁴⁷. Cette jurisprudence, rendue en matière de contentieux du refus d'abroger, a d'ailleurs été étendue à d'autres domaines du contentieux de l'excès de pouvoir. C'est par exemple le cas dans un litige relatif au refus de la CNIL de mettre en demeure l'exploitant d'un moteur de recherche de procédure au déréférencement de liens internet⁴⁸ ou dans un contentieux concernant le refus de l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution de désigner un administrateur provisoire⁴⁹. C'est également le cas dans une affaire relative au refus d'un préfet de faire droit à la demande d'un étranger d'avancer son rendez-vous pour déposer sa demande de titre de séjour⁵⁰, ou encore dans le cadre de refus par des autorités étatiques de prendre des mesures propres à préserver la santé de la population⁵¹ ou l'environnement⁵². De façon plus remarquable et remarquée, un raisonnement similaire à celui tenu dans l'arrêt *Association des Américains accidentels* a été suivi par le Conseil d'État dans l'arrêt *M. Stassen*⁵³ rendu le 28 février 2020 concernant un recours en annulation à l'encontre d'une mesure de suspension prise à titre conservatoire à l'encontre d'un sportif. Dans cet arrêt, le Conseil d'État de va opérer un contrôle de la légalité de la mesure de suspension en deux temps : d'abord au jour de l'édiction de la mesure, puis au jour où il statue. Surtout, il va également, sur le fondement de la notion d'effet utile s'octroyer, un pouvoir d'abrogation⁵⁴

⁴⁶ CE, Ass., 19 juillet 2019, n^{os} 424216, 424217, *Association des Américains accidentels*, consid. 5

⁴⁷ Voir par ex CAA Douai, 26 nov. 2020, n^o19DA00485, *Société Stepi* ; CAA Nancy, 26 janv. 2021, n^o19NC02499, *Commune de Parfondrupt* ; TA Grenoble, 27 oct. 2020, n^o1804906.

⁴⁸ CE, 6 déc. 2019, n^o429154, *Mme X*

⁴⁹ CE, 25 mars 2021, n^o438669, *Société Interhold*,

⁵⁰ CE, 1^{er} juillet 2020, n^o436288, *M et Mme Labassi*

⁵¹ Par ex. dans le cadre d'un recours contre un refus des ministres de la Solidarité et de la Santé d'adopter des mesures sur le fondement des articles L. 521-17 ou L. 521-7 du code de la consommation en cas de risque présenté par les couches pour bébé (CE, 23 déc. 2020, n^o431520, *M. Guillemain et a.*)

⁵² Par ex. à l'occasion d'un contentieux contre un refus des autorités publiques de prendre toute mesure utile permettant d'infléchir la courbe des émissions de gaz à effet de serre produites sur le territoire national, de prendre toute mesure de nature réglementaire tendant à « rendre obligatoire la priorité climatique » et de mettre en œuvre des mesures d'adaptation immédiate au changement climatique (CE, 19 nov. 2020, n^o427301, *Commune de Grande-Synthe*)

⁵³ CE, 28 fév. 2020, n^o433886, *M. Stassen*

⁵⁴ La doctrine n'est pas unanime sur ce point. Pour certains, le Conseil d'État ne s'est pas véritablement octroyé un pouvoir d'abrogation, dès lors que l'absence de retrait de la mesure de suspension par l'Administration malgré la demande formulée en ce sens par le sportif dans sa requête peut être assimilée à une décision de refus implicite d'abroger, justifiant l'application de la jurisprudence *Association des Américains accidentels* et l'utilisation par

susceptible d'être mis en œuvre à la demande des parties⁵⁵.

Ainsi, à titre liminaire, dans le langage courant, « *l'effet* » de quelque chose se définit comme « *le résultat, la conséquence de l'action d'un agent, d'un phénomène quelconque* » ou encore comme le « *résultat attendu de l'action d'un produit, d'un comportement, d'un acte, etc., conçu, utilisés à cette fin* »⁵⁶. Il s'agit de l'« *Impression recherchée par des gestes, des attitudes* », ou encore « *ce qui est produit par une cause* »⁵⁷. L'effet est donc une conséquence, un résultat, suite à un fait, suite à une action. En l'occurrence, l'effet d'une décision de justice est la conséquence pour les parties, voire plus largement pour l'ordonnement juridique, de l'exécution de la décision rendue par une juridiction. Toujours selon le langage courant, une chose, ou une action est « *utile* » si « *son usage, son emploi, satisfait un besoin, et qui est ou peut être avantageux* »⁵⁸. L'utilité renvoie ainsi à une « *action profitable* », « *qui sert à quelqu'un* » et lui « *procure un avantage* »⁵⁹. Il y a derrière cette notion d'utilité une question d'efficacité, de nécessité. Une action utile est une action profitable, une action qui procure un avantage à celui qui l'exerce. Une action est à l'inverse « *inutile* » si « *elle ne sert à rien, n'apporte rien, ou est superflue* », ou encore si elle « *n'a aucun effet ou qu'elle ne remplit pas son but* »⁶⁰. Ainsi, l'effet utile d'une action en justice pour un requérant est la conséquence profitable que celui-ci peut en tirer. À l'inverse, selon la définition que l'on peut donner au sens courant de la notion d'effet utile, un recours en justice serait inutile, n'aurait aucun effet utile pour le requérant si ce dernier ne tire aucun bénéfice de la décision rendue par le juge.

Dans le langage plus spécifique du droit, la notion d'effet utile n'est pas définie en tant que telle dans les dictionnaires juridiques. Il serait toutefois trompeur de dire que cette notion est inconnue en droit. Effectivement, les termes d'effet utile sont régulièrement employés par des juridictions internationales et en premier lieu par le juge de l'Union européenne⁶¹ qui fait de

le juge de son pouvoir d'injonction à fin d'abrogation de la mesure litigieuse (voir par ex. B. GENEVOIS, *art. cit.*)

⁵⁵ B. DEFOORT, « A la recherche de l'effet utile » : l'excès de pouvoir perdu ou retrouvé ? », *AJDA* 2020, p.857

⁵⁶ Larousse, « Effet », dans *Dictionnaire en ligne*, consulté le 12 juin 2021, sur : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/effet/27916>

⁵⁷ Le Robert, « Effet », dans *Dictionnaire en ligne*, consulté le 12 juin 2021, sur : <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/effet>

⁵⁸ Le Robert, « Utile », dans *Dictionnaire en ligne*, consulté le 12 juin 2021, sur : <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/utile>

⁵⁹ Larousse, « Utile », dans *Dictionnaire en ligne*, consulté le 12 juin 2021, sur : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/utile/80809>

⁶⁰ Larousse, « inutile », dans *Dictionnaire en ligne*, consulté le 12 juin 2021, sur : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/inutile/44050>

⁶¹ B. DEFOORT, *art. cit.*

l'effet utile une véritable théorie de l'interprétation⁶² et de la bonne application du droit de l'Union européenne⁶³. En droit interne, cette notion n'est pas non plus inédite dès lors qu'elle est beaucoup utilisée par le Conseil constitutionnel à propos des effets qu'il entend faire produire à ses décisions et en particulier à celle rendues à l'issue de la procédure prévue par l'article 61-1 de la Constitution relatif au mécanisme que la question prioritaire de constitutionnalité⁶⁴. Dans ce cadre, le juge administratif a lui-même été amené à faire usage de cette notion, à la fois afin de réceptionner les décisions du juge constitutionnel⁶⁵, mais également dans le cadre de son statut de juge de droit commun de la conventionnalité⁶⁶. Au-delà, le recours à cette notion a pu être utilisée afin d'écarter des mesures ou des comportements portant atteinte au déroulement d'une procédure prévue par la loi, telle que les procédures de participation du public⁶⁷, la procédure de référé⁶⁸, etc.

Cela étant dit, il convient dès lors de se demander si l'expression effet utile revêt la même définition dans le langage courant qu'en droit. Pour cela, encore faut-il déterminer si cette notion revêt la même signification, la même fonction pour l'ensemble des juges qui l'utilisent, ce dont il est permis de douter. Enfin, il y a lieu de se demander à quoi renvoies ces termes lorsque le juge de l'excès de pouvoir l'utilise dans le cadre de la « *détermination des contours de son office* »⁶⁹. Cela semble d'autant plus important que le recours à cette notion par ce dernier semble lui permettre de remettre en cause certaines caractéristiques fondamentales du recours pour excès de pouvoir.

La méthode retenue pour déterminer le sens et les implications de la notion d'effet utile dans le cadre de l'office du juge de l'excès de pouvoir - La notion d'effet utile, utilisée dans le cadre de l'office du juge administratif a expressément été utilisée pour la première fois par

⁶² J. BOULOUIS, Rép. eur. Dalloz, v° méthodes d'interprétations, 1992, n°33 et s

⁶³ B. DEFOORT, art. cit.

⁶⁴ Voir par ex : Cons. const, déc. n°2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Cristallisation des pensions*, point 12

⁶⁵ Voir par ex : CE, 5 oct. 2011, n°325107, *M. N*, dernier consid. : « *qu'il s'ensuit qu'afin de préserver l'effet utile de la décision précitée du Conseil constitutionnel à la solution de l'instance (...) il incombe au juge de cassation, après avoir sursis à statuer comme l'y invitait la décision du Conseil constitutionnel, d'annuler l'arrêt attaqué* »

⁶⁶ Voir par ex : CE, 30 mai 2018, n°402174, *Société mandataires judiciaires associés*, consid. 2 : « (...) lorsque la Commission européenne a adopté une décision devenue définitive constatant l'incompatibilité d'une aide d'État avec le marché intérieur, les autorités nationales sont tenues de procéder à la récupération des sommes versées et aux fins de garantir l'effet utile du régime des aides d'État (...) »

⁶⁷ Par ex. lors de l'élaboration d'un plan local d'urbanisme : CE, 17 avril 2015, n° 370239, *Commune de Pierreville*

⁶⁸ CE, 1^{er} juillet 2020, n°s 433079, 433747, *Fédération française de football*

⁶⁹ B. DEFOORT, art. cit.

le Conseil d'État dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir. Il n'est pas exclu que cet argument ou objectif d'effet utile ait pu implicitement être utilisé au préalable afin de justifier d'autres évolutions de l'office du juge administratif, tant de l'excès de pouvoir que du plein contentieux, et notamment du plein contentieux objectif. Toutefois, la réflexion menée, prenant pour point de départ l'arrêt *Association des Américains accidentels*, se limitera à étudier cette notion dans le cadre de l'office du juge de l'excès de pouvoir, office qui, ces dernières années, a connu d'importantes mutations.

Afin de déterminer le sens, ou du moins les contours, de la notion d'effet utile telle qu'utilisée par le juge de l'excès de pouvoir dans le cadre de son office, l'usage de deux approches complémentaires a pu sembler opportune.

La première approche, empirique, est basée sur l'observation de faits existants, de constats. Elle consiste tout d'abord à identifier les différents cas dans lesquels la notion d'effet utile a pu être utilisée antérieurement à l'arrêt *Association des Américains accidentels*. Cela implique notamment de s'interroger sur la signification de cette notion tant pour les juges internationaux, et en particulier les juges européens tels que la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'Homme. Il sera démontré que pour ces derniers, l'effet utile constitue avant tout une méthode d'interprétation des normes issues des traités visant à leur donner une portée le plus large possible et la plus conforme à l'intention de leurs auteurs. Il est également intéressant de s'interroger comment un autre juge interne, le Conseil Constitutionnel, fait usage de cette notion, qu'il utilise très régulièrement depuis l'introduction du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité. Il aurait pu être utile de se questionner sur le recours à cette notion par le juge judiciaire, mais le choix a été fait de limiter l'étude aux domaines du droit ayant une influence plus ou moins directe sur le droit administratif. En effet, le juge administratif est (au même titre que le juge judiciaire) juge de droit commun de la conventionnalité, et joue un rôle important dans la transmission des questions prioritaires de constitutionnalité et la réception des décisions rendues par le Conseil constitutionnel.

L'identification des contours de la notion d'effet utile telle qu'utilisée par d'autres juges permet de faire une comparaison avec le sens donné à cette expression par le juge de l'excès de pouvoir et de se rendre compte que ce dernier l'utilise dans un contexte tout autre, dès lors que cette fonction est utilisée non pas pour donner une certaine portée aux normes qu'il

applique, mais pour fonder une modification de son office. L'analyse de la jurisprudence du Conseil d'État postérieure à l'arrêt *Association des Américains accidentels* semble toutefois mettre en avant le fait que cette solution est, pour l'instant du moins, cantonnée à certains pans du contentieux de l'excès de pouvoir. Il est ainsi opportun de se demander quels sont les points communs entre les différents domaines du contentieux de l'excès de pouvoir dans lesquels la notion d'effet utile et l'appréciation dynamique de la légalité sont utilisées par le Conseil d'État. Outre le fait qu'il s'agit dans la très grande majorité des cas de contentieux portés contre des décisions de refus, ces litiges présentent la similitude d'être particulièrement sensibles à l'écoulement du temps et d'avoir pour principale issue, en cas d'annulation de l'acte litigieux, la mise en œuvre par le juge de ses pouvoirs d'injonction.

Malgré ces constats, il semble *a priori* difficile de retirer de l'approche empirique à elle seule une définition générale de la notion d'effet utile au sens de la jurisprudence *Association des Américains accidentels*. Ainsi, cette première approche doit être complétée par une approche téléologique ou finaliste de la notion, visant à identifier ses fonctions, son rôle, pour le juge de l'excès de pouvoir lorsqu'il y recourt dans le cadre de son office. Il sera démontré que l'effet utile est à la fois pour le juge un objectif consistant pour lui à rendre les décisions les plus à même de vider complètement et définitivement un litige et un argument lui permettant de justifier, de légitimer, un élargissement prétorien de son office.

Une fois éclairé sur les contours et la fonction de la notion d'effet utile au sens de la jurisprudence *Association des Américains accidentels*, il peut être intéressant dans une démarche plus pratique, de s'interroger sur les instruments à disposition du juge de l'excès de pouvoir pour atteindre son objectif d'assurer l'effet utile de ses décisions. Il ne s'agit pas de dresser une liste exhaustive de tous les outils contentieux à sa disposition, mais d'en présenter les principaux. C'est évidemment le cas de pouvoir d'injonction du juge administratif, mais également celui de certaines techniques de régularisation. C'est enfin le cas de la possibilité récemment offerte au juge de l'excès de pouvoir de recourir à une appréciation dynamique de la légalité. Dans le cadre de chaque instrument, il y a lieu de s'interroger sur ses conditions et modalités de mise en œuvre ainsi que de se demander en quoi ils permettent de donner à la décision rendue par le juge un effet utile.

Enfin, si ces différentes techniques permettent au juge de rendre des décisions revêtues d'un effet utile, parfois, grâce à des évolutions de son office, elles ont également et nécessairement

eu un impact sur le déroulement du procès administratif de l'excès de pouvoir. Cela implique en effet pour le juge de revoir sa façon d'instruire les dossiers et de tenir compte de nouveaux impératifs. S'agissant des parties, cette volonté du juge de donner un effet utile à ses décisions et de vider complètement le litige qui les oppose, a conduit à ce qu'il leur soit octroyé une place plus importante dans le recours pour excès de pouvoir, ce qui présente toutefois l'inconvénient de contribuer à un mouvement de complexification du procès administratif, et en particulier de l'accès pour les particuliers au recours pour excès de pouvoir.

Problématique - En suivant cette démarche, il sera ainsi entrepris, tout au long de cette réflexion, de répondre à la problématique de savoir ce que signifie et implique la notion d'*effet utile* pour le juge de l'excès de pouvoir lorsqu'il l'emploie dans le cadre de la redéfinition de son office. Plus largement, il conviendra de s'interroger sur les conséquences de cette notion sur le procès administratif lui-même et en particulier sur le recours pour excès de pouvoir.

Plan - Dès lors, si l'identification des contours de la notion d'effet utile, telle qu'employée singulièrement par le juge de l'excès de pouvoir dans le cadre de son office, est un préalable nécessaire à sa définition (**Partie 1**), l'étude des implications pratiques de cette notion sur le recours pour excès de pouvoir, et plus largement, le déroulement du procès administratif participe opportunément à sa compréhension (**Partie 2**).

PARTIE 1 – LA DEFINITION SINGULIERE DE L’EFFET
UTILE DANS LE CADRE DE L’OFFICE DU JUGE DE
L’EXCES DE POUVOIR

Dans l’arrêt *Association des Américains accidentels*, les termes d’effet utile sont utilisés pour la première fois par le juge de l’excès de pouvoir dans le cadre d’une redéfinition de son office. Cependant, malgré la remise en cause, sur le fondement de cette notion, d’une des caractéristiques premières du recours pour excès de pouvoir selon laquelle le juge apprécie la légalité de l’acte qui lui est soumis à la date de l’édiction de celui-ci, le Conseil d’Etat ne donne aucune définition précise de cette expression. Pourtant, le recours à cette notion dans ce cadre précis semble revêtir pour le juge de l’excès de pouvoir un sens singulier, différent de celui dans lequel elle peut être utilisée par d’autres juges en droit supranational et en droit interne. Il convient ainsi de tenter de définir les contours de la notion d’effet utile par une approche générale de la notion au moyen d’une définition empirique (**chapitre 1**) afin de mieux cerner ensuite la spécificité de ces termes dans l’office du juge de l’excès de pouvoir par une définition téléologique de la notion (**chapitre 2**).

CHAPITRE 1 - L'APPROCHE GENERALE DES DIVERSES ACCEPTIONS DE LA NOTION D'EFFET UTILE PAR UNE DEFINITION EMPIRIQUE

Au sens courant, l'effet utile de quelque chose, d'une action, ou en l'occurrence d'un recours, désigne le résultat profitable de cette action pour son auteur, ici pour le requérant. Or, cette idée de permettre au requérant, et notamment aux administrés de retirer un avantage de l'annulation prononcée par le juge de l'excès de pouvoir suite au recours engagé est une idée déjà ancienne, mise en avant dès le milieu du XX^{ème} siècle, qui est toujours d'actualité aujourd'hui et qui semblerait avoir été consacrée explicitement par l'assemblée du contentieux du Conseil d'État dans l'arrêt *Association des Américains accidentels*⁷⁰ (**section 2**). Il convient toutefois de remarquer que la notion d'effet utile n'est pas une notion qui était jusque-là inconnue en droit. En effet, cette notion était préalablement utilisée par le juge administratif, mais dans un contexte différent. Surtout, elle est utilisée en droit interne par le juge constitutionnel et en droit supranational par diverses juridictions. Il conviendra dès lors de rechercher la signification de cette notion pour ces différents juges afin de déterminer si cette notion revêt un unique sens – ce qui n'est *a priori* pas le cas – ou si cette notion doit s'entendre de façon différente selon le juge qui l'emploie et le contexte (**section 1**).

Section 1 - Une notion ancienne diversement employée par les juridictions supranationales et le juge constitutionnel français

La notion d'effet utile est employée par divers juges en droit européen et international (§1), ainsi qu'en droit interne par le juge constitutionnel (§2).

§ 1 - La notion d'effet utile en droit européen et international

Si la règle de l'effet utile est une méthode d'interprétation fréquemment utilisée en droit international (A), il existe une véritable « doctrine de l'effet utile » considérée comme faisant

⁷⁰ CE, Ass., 19 juillet 2019, n^{os} 424216, 424217, *Association des Américains accidentels*

partie intégrante des techniques d'interprétation employée par la CJUE et, plus largement, le législateur européen (B).

A) La notion d'effet utile en droit international

Une méthode d'interprétation finaliste - La règle de l'effet utile est une méthode d'interprétation finaliste très utilisée en droit international. Cette règle renvoie à deux aspects. Le premier consiste à assurer l'efficacité de la norme internationale appliquée, le second consiste à rechercher l'objet et le but du traité dont il est fait application pour interpréter le texte litigieux⁷¹.

L'utilisation de la notion d'effet utile par des juridictions internationales - Cette règle est fréquemment utilisée par la Cour internationale de justice. Pour cette dernière, cette règle de l'effet utile est vue comme « *l'un des principes fondamentaux de l'interprétation des traités* »⁷². Cela est affirmé dans l'affaire *Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad* jugée le 3 février 1994⁷³ dans laquelle la Cour va justifier l'interprétation d'un article d'un traité en affirmant que « *toute autre lecture de ces textes serait contraire à l'un des principes fondamentaux d'interprétation des traités, constamment admis dans la jurisprudence internationale, celui de l'effet utile* ».

L'organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) recourt également à cette notion « *d'utilité* » en tant que méthode d'interprétation. Dans son rapport du 29 avril 1996⁷⁴, il affirme qu'« *un interprète n'est pas libre d'adopter une interprétation qui aurait pour résultat de rendre redondants ou inutiles des clauses ou des paragraphes entiers d'un traité* »⁷⁵. En outre dans un rapport rendu plus récemment, il valide les conclusions du Groupe Spécial concernant l'interprétation faite de dispositions de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) qui retient « *qu'interpréter l'article 16 [de l'ADPIC] comme imposant aux Membres des limitations à la réglementation*

⁷¹ V. BORE EVENO, *L'interprétation des traités par les juridictions internationales. Étude comparative*, Droit. Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, 2004 : <https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-01797581>

⁷² *Ibid.*

⁷³ C.I.J., arrêt du 3 février 1994, *Jamahiriya arabe libyenne c/ Tchad*, Rec. 1994, § 51.

⁷⁴ Rapport de l'Organe d'appel du 29 avril 1996 (WT/DS2/AB/R), p. 25-26

⁷⁵ V. BORE EVENO, *op. cit.* : <https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-01797581>

concernant l'usage des marques pourrait éventuellement rendre inutile l'article 20 lui-même, qui traite directement de ce point »⁷⁶.

L'utilisation de la notion d'effet utile par la Cour européenne des droits de l'Homme -

Au sein du Conseil de l'Europe, le recours à cette notion d'effet utile est utilisé par la Cour européenne des droits de l'homme. Le terme effet utile se retrouve assez rarement en tant que tel dans les arrêts rendus par la Cour, mais l'idée portée par cette notion est sous-entendue lorsque cette dernière affirme protéger « *des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* »⁷⁷ afin de justifier, par exemple, l'enrichissement du contenu des droits de cette Convention⁷⁸. Cependant, dans quelques arrêts, la notion d'effet utile apparaît expressément. C'est par exemple le cas dans l'arrêt *Assanidzé c. Géorgie* d'avril 2004⁷⁹. En l'espèce, la Cour a considéré que la non-exécution, par les autorités géorgiennes, pendant plus de trois ans, d'une décision judiciaire définitive et exécutoire d'acquiescement avait pour effet de retirer « *tout effet utile aux dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention* »⁸⁰ qui garantit notamment un droit à l'exécution des décisions de justice en tant que partie intégrante du droit au procès. C'est également le cas dans l'affaire *Jeronovics c. Lettonie* du 5 juillet 2016⁸¹. Dans les deux cas, la notion d'effet utile est ici mobilisée pour garantir la pleine application des dispositions de la Convention par les États membres et limiter les cas dans lesquels les États chercheraient à s'en soustraire.

Cette notion d'effet utile en tant que méthode d'interprétation visant à assurer la pleine application de règles de droit prévues par un texte de droit supranational est également fréquemment utilisée par la Cour de justice de l'Union européenne. La « *doctrine de l'effet utile* » qu'elle a alors développée est pour beaucoup considérée comme « *caractérisant, à elle seule, l'interprétation du droit communautaire par la Cour* »⁸².

⁷⁶ Rapport de l'Organe d'appel du 9 juin 2020 (WT/DS435/AB/R ; WT/DS441/AB/R), p. 222

⁷⁷ : CEDH, 9 oct. 1979, n°6289/73, *Airey c/ Irlande*, § 26

⁷⁸ Par exemple en enrichissant le droit au procès garanti par l'article 6 par une nouvelle composante : le droit d'accès à un tribunal (en ce sens : CEDH, 21 fév. 1975, n°4451/70, *Golder*, § 34)

⁷⁹ CEDH, 8 avril 2004, n° 71503/01, *Assanidzé c/ Géorgie*

⁸⁰ CEDH, 8 avril 2004, n° 71503/01, *Assanidzé c/ Géorgie*

⁸¹ CEDH, 5 juillet 2016, n°44898/10, *Jeronovics c/ Lettonie* : « *en cas de mauvais traitement délibéré, l'octroi d'une indemnité à la victime ne suffit pas à réparer la violation de l'article 3. En effet, si les autorités pouvaient se borner à réagir en cas de mauvais traitement délibéré infligé par des agents de l'État en accordant une simple indemnité, sans s'employer à poursuivre et punir les responsables, les agents de l'État pourraient dans certains cas enfreindre les droits des personnes soumises à leur contrôle pratiquement en toute impunité, et l'interdiction légale absolue de la torture et des traitements inhumains ou dégradants serait dépourvue d'effet utile en dépit de son importance fondamentale* ».

⁸² J. BOULOUIS, art. cit.

B) La notion d'effet utile en droit de l'Union européenne

Une notion fréquemment mobilisée par la Cour de justice - En droit de l'Union européenne, la notion d'effet utile est régulièrement utilisée par la Cour de justice de l'Union européenne. En tenant compte uniquement des arrêts⁸³ rendus par la Cour de justice de l'Union européenne⁸⁴ entre 1961 et avril 2021, environ 1 344 décisions, tout type de recours confondus ont été rendus en utilisant, à un moment donné, les termes d'effet utile⁸⁵.

Une notion ancienne - Cette notion d'« *utilité* » est utilisée pour la première fois dans l'arrêt dit *Fédéchar* dans lequel la Cour de justice va exposer pour la première fois la théorie des pouvoirs implicites de l'Union en affirmant qu'« *il est permis, sans se livrer à une interprétation extensive, d'appliquer une règle d'interprétation généralement admise tant en droit international qu'en droit national et selon laquelle les normes établies par un traité international ou par une loi impliquent les normes sans lesquelles les premières n'auraient pas de sens ou ne permettraient pas une application raisonnable et utile* »⁸⁶. Cette idée est reprise dans l'arrêt *AETR* dans lequel la Cour va poser un principe de parallélisme des compétences interne et externe en affirmant la compétence de la communauté pour signer des accords internationaux dans le domaine des transports dès lors que le traité lui donne expressément compétence en matière de mise en œuvre, au plan interne, de la politique commune des transports. Elle affirme que « *cette interprétation de l'article 75, paragraphe 1, du traité serait conforme au bon sens, à la « ratio legis » et à la notion d'effet utile des textes* »⁸⁷.

Une méthode d'interprétation des traités - Dans les deux cas, la notion d'utilité ou d'effet utile est mobilisée par la cour de justice afin de justifier une interprétation extensive des traités, ici, au profit de l'octroi de compétence à la communauté⁸⁸. L'idée est de dire que le traité a été institué par les États fondateurs dans un but précis : la création d'un marché commun. Ainsi,

⁸³ Ce qui exclut les ordonnances et avis.

⁸⁴ Anciennement Cour de justice des communautés européennes (CJCE). Sont ici exclus les arrêts rendus par le Tribunal de l'Union européenne, anciennement dénommé Tribunal de première instance, ainsi que par le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne dissous le 1^{er} septembre 2016.

⁸⁵ Ce chiffre a été obtenu en faisant une recherche avec le mot clé « *effet utile* » sur la base de données EUR-LEX, et après avoir sélectionné comme critère de recherche les arrêts rendus par la CJCE puis CJUE entre 1961 et avril 2021.

⁸⁶ CJCE, 29 nov 1956, *Fédération charbonnière de Belgique*, aff. 8/55

⁸⁷ CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil*, aff. 22/70

⁸⁸ B. PETER, « La base juridique des actes en droit communautaire », *RMCUE* 1994, p.32

toute interprétation allant à l'encontre de cet objectif serait contraire à la raison d'être du traité. En ce sens, le professeur Jean Boulouis, présente la théorie de l'effet utile comme une méthode d'interprétation permettant de disqualifier les interprétations qui altèreraient ou réduiraient l'efficacité de certaines dispositions du droit communautaire. Pour lui, le recours à cette notion doit s'entendre comme une exigence « *d'efficacité minimum* »⁸⁹ des dispositions du traité.

Exemples d'utilisation de la notion d'effet utile par la CJCE - Cette notion d'effet utile a notamment été mobilisée dans le célèbre arrêt *Van Duyn*⁹⁰ pour reconnaître un effet direct à certaines directives. La Cour de justice considère que si contrairement aux règlements, les directives ne peuvent pas être invoquées devant le juge interne avant d'avoir été transposées, l'effet utile de tels actes de droit dérivé, dont la transposition revêt un caractère obligatoire pour les États membres⁹¹, serait affaibli, si au-delà du délai laissé pour opérer cette transposition, les justiciables ne pouvaient s'en prévaloir devant le juge national⁹². En effet, si la non-transposition des directives par les États n'avait aucune conséquence, l'efficacité du recours à de tels actes par le législateur européen serait faible dès lors que les mesures qu'ils contiennent pourraient ne pas être appliquées et sanctionnées partout au sein du territoire de l'Union européenne. Là encore, la notion d'effet utile est utilisée par le juge européen pour se livrer à une interprétation extensive de l'article 189 du traité, interprétation qui, à la simple lecture du texte, ne va pas de soi⁹³. Récemment, cette notion a été mobilisée par la Cour de justice dans un arrêt rendu sur renvoi préjudiciel relatif à une question d'interprétation des règles européennes de concurrence dans le cadre d'un litige entre le Conseil de la concurrence

⁸⁹ J. BOULOUIS, *art. cit.*

⁹⁰ CJCE, 4 déc. 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74

⁹¹ Art.288 du TFUE, ancien art. 189 du traité CEE.

⁹² « 12. Attendu, cependant, que si, en vertu des dispositions de l'article 189, les règlements sont directement applicables et, par conséquent, par leur nature susceptibles de produire des effets directs, il n'en résulte pas que d'autres catégories d'actes visés par cet article ne peuvent jamais produire d'effets analogues ; qu'il serait incompatible avec l'effet contraignant que l'article 189 reconnaît à la directive d'exclure en principe que l'obligation qu'elle impose, puisse être invoquée par des personnes concernées ; que, particulièrement dans les cas où les autorités communautaires auraient par directive, obligé les États membres à adopter un comportement déterminé, l'effet utile d'un tel acte se trouverait affaibli si les justiciables étaient empêchés de s'en prévaloir en justice et les juridictions nationales empêchées de la prendre en considération en tant qu'élément du droit communautaire ; que l'article 177 qui permet aux juridictions nationales de saisir la Cour de la validité et de l'interprétation de tous les actes des institutions, sans distinction, implique d'ailleurs que ces actes sont susceptibles d'être invoqués par les justiciables devant lesdites juridictions ; qu'il convient d'examiner, dans chaque cas, si la nature, l'économie et les termes de la disposition en cause sont susceptibles de produire des effets directs dans les relations entre les États membres et les particuliers ; »

⁹³ L'art.189 du traité CEE disposait que « (...) Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre. / La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. / (...) ». Selon cette formulation, il est possible de douter du caractère directement applicable des directives, dès lors que cela est uniquement précisé pour les règlements.

roumain et une société privée à propos d'une décision infligeant une amende à cette dernière pour infraction aux règles du droit de la concurrence. Au point 47 de l'arrêt, la cour rappelle que les États membres ne doivent pas adopter ou maintenir en vigueur dans leur droit national des mesures « *susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicable aux entreprises* »⁹⁴.

Une notion utilisée par le législateur européen - Il convient en outre de remarquer que cette notion d'effet utile, entendue au sens d'assurer l'application effective et l'obtention des résultats recherchés par les règles de droit de l'Union européenne, s'est progressivement imposée en droit de l'Union européenne et désormais utilisée par le législateur européen lui-même dans certains actes de droit dérivé. C'est notamment le cas dans les motifs de la directive du 18 juin 2019 établissant un titre de voyage provisoire de l'Union européenne⁹⁵, selon lesquels, afin d'assurer l'effet utile du droit reconnu aux citoyens de l'union de bénéficier de la protection des autorités diplomatiques et consulaires de tous les États membres (article 20§2 c) TFUE) et du droit au respect de leur vie privée et familiale (article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne), les États membres prêtant assistance doivent pouvoir délivrer des titres de voyage provisoires aux membres de leur famille, qui sans être citoyen européen résident légalement sur le territoire d'un État membre et accompagnent le citoyen de l'Union. C'est également le cas au sein d'un règlement du 13 juillet 2015 précisant les modalités d'application de l'article 108 du TFUE relatif au régime des aides d'État⁹⁶. Le législateur affirme que dans le cas d'aides jugées par la Commission incompatibles avec le marché intérieur, les États membres doivent prendre « *toutes les mesures nécessaires pour garantir l'effet utile de la décision de la Commission* ».

Application de la notion d'effet utile au sens du droit de l'union par le juge administratif

- Le juge administratif, tout comme le juge judiciaire, est juge de droit commun du droit de l'Union européenne. Dès lors, il n'est pas rare que ce dernier reprenne à son compte cette notion d'effet utile lorsqu'il adopte la posture de juge de la conventionnalité et fait application de dispositions issues du droit de l'Union européenne. À titre d'exemple, dans un arrêt rendu par le Conseil d'État le 5 février 2020, il était question d'un recours en annulation pour excès

⁹⁴ CJUE, 21 janvier 2021, *Whiteland Import Export*, aff C-308/19, point 47

⁹⁵ Directive (UE) 2019/997 du Conseil du 18 juin 2019 établissant un titre de voyage provisoire de l'Union européenne et abrogeant la décision 96/409/PESC.

⁹⁶ Règlement (UE) 2015/1889 du Conseil du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

de pouvoir contre une décision du comité économique des produits de santé instaurant un tarif unifié comme base de remboursement pour un groupe de médicaments génériques commercialisés par une société pharmaceutique, alors même que pour un des médicaments du groupe, la société avait obtenu, par la Commission européenne, la désignation de « *médicament orphelin* » pour le traitement de certaines pathologies et bénéficiait encore à ce titre, à la date de la décision attaquée, d'une exclusivité commerciale visant à rémunérer les investissements consentis pour la mise au point de ce médicament. Le Conseil d'État va annuler la décision litigieuse considérant que cette dernière avait pour conséquence de priver d'effet utile les dispositions du règlement (CE) n° 141/2000 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1999 concernant les « *médicaments orphelins* » et leur commercialisation. Dans cette affaire, le juge administratif cherche à assurer l'effectivité d'une règle juridique⁹⁷, en l'occurrence, d'un règlement de l'Union européenne, qui s'impose à l'ensemble des institutions des États membres. Comme la Cour de justice, le juge administratif, en tant que juge de la conventionnalité, fait application des dispositions du droit de l'Union dans un sens visant à leur donner plein effet au plan interne.

Parmi les juges qui recourent également de manière fréquente à la notion d'effet utile se trouve le juge constitutionnel. Cette notion est davantage utilisée par lui au stade de la détermination des conséquences à donner à une décision d'inconstitutionnalité, totale ou partielle, notamment depuis la mise en place de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité.

§ 2 - La notion d'effet utile en droit constitutionnel

Contrairement aux juges européens et internationaux, le Conseil constitutionnel recourt à la notion d'effet utile non pas pour assurer l'effectivité, la pleine application, par le législateur des dispositions de bloc de constitutionnalité qu'il protège, mais pour justifier la modulation des conséquences pour l'ordonnancement juridique qu'il souhaite faire produire aux décisions d'inconstitutionnalité totale ou partielle qu'il rend (A). L'utilisation de cette notion par le Conseil constitutionnel dans ce sens précis est susceptible de se rapprocher du sens donné à cette notion par le Conseil d'État dans son arrêt *Association des Américains accidentels* dès

⁹⁷ S. MONNIER, « L'office du juge saisi d'une décision de refus de réformer un règlement illégal », *JCP Admin.* n°43, 26 octobre 2020, p.2279

lors que la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité et celle du recours en excès de pouvoir présentent certaines similitudes (**B**).

A) La mobilisation de l'effet utile pour la modulation des conséquences des décisions du juge constitutionnel

Une notion utilisée principalement dans le cadre des QPC - La notion d'effet utile est utilisée par le juge constitutionnel en lien avec les effets produits par ses décisions⁹⁸ depuis la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité prévue par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 et mise en œuvre par la loi organique du 10 décembre 2009⁹⁹. En particulier, cette notion est utilisée pour la première fois dans le cadre de sa décision QPC dite *Cristallisation des pensions* du 28 mai 2010¹⁰⁰. En effet, la question des conséquences des décisions qu'il rend est d'autant plus importante lorsqu'il est saisi d'un contrôle *a posteriori* d'une loi, dès lors que cette dernière, déjà en vigueur, a déjà produit des effets dans l'ordonnement juridique.

Principe selon lequel la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à son auteur et aux instances en cours - Par principe, selon la première phrase du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution, la déclaration d'inconstitutionnalité a un effet abrogatoire et ne produit donc que des conséquences pour le futur¹⁰¹. Toutefois, la seconde phrase de cet article permet

⁹⁸ Cette notion a été utilisée à deux reprises par le Conseil constitutionnel antérieurement à l'introduction de la QPC, une première fois concernant l'effet utile de l'avis du Conseil supérieur de la magistrature qui serait « *privé d'effet utile* » si les avocats généraux à la Cour de cassation étaient dans certaines conditions nommés de droit comme le prévoyait une loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats (Cons. Const, déc n°2007-551 DC du 1^{er} mars 2007) et une seconde fois concernant la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la constitution (article relatif à la QPC) et à la question du sursis à statuer des juridictions ordinaires dans le cadre d'une procédure QPC afin de préserver « *l'effet utile* » de celle-ci (Cons. Const, déc n°2009-595 DC du 3 décembre 2019). Dans les deux cas, la notion est utilisée dans l'objectif de préserver l'efficacité de procédure prévue par la loi ou la Constitution. A compter de 2010, cette notion d'effet utile n'est plus qu'utilisée concernant les effets des décisions d'inconstitutionnalité rendues par le Conseil constitutionnel.

⁹⁹ Loi organique n°2009-1523 du 10 déc.2019.

¹⁰⁰ Cons. const, déc n°2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Cristallisation des pensions*, point 12 : « (...) *qu'afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, l'abrogation des dispositions précitées prendra effet à compter du 1^{er} janvier 2011 ; qu'afin de préserver l'effet utile de la présente décision à la solution des instances actuellement en cours, il appartient, d'une part, aux juridictions de surseoir à statuer jusqu'au 1^{er} janvier 2011 dans les instances dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles et, d'autre part, au législateur de prévoir une application des nouvelles dispositions à ces instances en cours à la date de la présente décision* »

¹⁰¹ Article 62 de la Constitution du 4 octobre 1958 al. 2 « *Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision, (...)* »

de moduler les effets de ses décisions¹⁰². Rapidement, le Conseil constitutionnel a interprété ces dispositions en dégagant le principe selon lequel la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la QPC et aux instances en cours à la date de publication de la décision¹⁰³. Ainsi, l'absence d'effet utile de la décision d'inconstitutionnalité pour l'auteur de la QPC et pour les instances en cours devient l'exception et la mise en œuvre de cette exception doit être motivée par le juge constitutionnel.

Définition de l'effet utile en contentieux constitutionnel - Dès lors, il convient d'en déduire qu'en droit du contentieux constitutionnel, « *une décision de non-conformité est dotée d'un effet utile lorsqu'elle bénéficie à l'auteur de la QPC, qui peut l'invoquer dans le litige principal au cours duquel la QPC a été soulevée* »¹⁰⁴. Généralement, cet effet utile s'étend également aux instances en cours à la date de sa publication. Bien entendu, les décisions rendues par le Conseil constitutionnel ont une influence sur d'autres acteurs, tels que le législateur, le gouvernement, les juges ordinaires – judiciaires ou administratifs – qui appliquent cette décision en conformité avec la Constitution. Toutefois, la question de l'effet utile semble renvoyer davantage à la problématique de l'utilité de la QPC pour le justiciable¹⁰⁵.

Les outils à la disposition du Conseil constitutionnel en vue de faire produire un effet utile à ses décisions - Concrètement, lorsque le Conseil constitutionnel décide de censurer une disposition législative, il peut moduler de différentes façons les effets de ses décisions. Il doit d'abord choisir à partir de quel moment sa décision commencera à produire des effets. À ce titre, il peut soit prononcer une abrogation immédiate de la disposition législative jugée inconstitutionnelle, soit différer cette abrogation (c'est-à-dire, choisir une date ultérieure à compter de laquelle la déclaration d'inconstitutionnalité prendra effet). Dans un second temps, il doit s'interroger sur les effets de sa décision sur les situations passées, en cours et/ou à venir. Il peut soit faire le choix de prononcer une abrogation immédiate ou différée stricte, c'est-à-dire ne produisant des effets que pour le futur. Il peut également décider de moduler les effets

¹⁰² Article 62 de la Constitution du 4 oct. 1958 al. 2 : « (...) *Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* ».

¹⁰³ Cons. const., déc. n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011, *Mme Marie Christine D.* et Cons. const., déc. n° 2010-108 QPC -du 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B* : « *en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel* ».

¹⁰⁴ S. MOUTON, M. CARPENTIER (dir.), « L'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan critique », CCC, hors-série, oct. 2020

¹⁰⁵ *Ibid.*

futurs de cette disposition en maintenant tout ou partie de ces effets pour certaines situations, durant un certain temps, en prévoyant ou non des mesures transitoires avant l'entrée en vigueur de la future loi. Enfin, il peut, à l'inverse, moduler les effets passés de la décision, en effaçant tout ou partie de ses effets pour certaines situations passées¹⁰⁶. Ce choix des effets que doit produire dans le temps la décision d'inconstitutionnalité aura nécessairement des conséquences sur l'effet utile de la décision pour le requérant. Par exemple, si le Conseil constitutionnel fait le choix de différer l'abrogation d'une disposition législative et décide que cette abrogation différée sera stricte, c'est-à-dire qu'elle ne produira ses effets qu'à compter de la date prévue par le Conseil, l'effet utile d'une telle décision sera nul pour l'auteur de la QPC¹⁰⁷. À l'inverse, lorsque le Conseil constitutionnel décide de faire produire à sa décision d'inconstitutionnalité des effets dans le passé, l'effet utile pour le requérant sera important dès lors qu'il pourra se prévaloir devant le juge ordinaire – juge administratif ou judiciaire – de cette décision et en bénéficier pour remettre en cause sa situation actuelle, mais également passée¹⁰⁸.

Une notion permettant au juge constitutionnel de justifier son choix de prononcer des mesures provisoires - Souvent, la volonté de préserver l'effet utile de sa décision pour les instances en cours semble servir de justifications aux mesures provisoires qu'il prononce. Par exemple dans une décision QPC du 29 novembre 2019, il va considérer que pour préserver l'effet utile de sa décision de non-conformité de mécanisme de révocation du sursis à exécution d'une sanction disciplinaire en droit de la fonction publique, le juge disciplinaire doit pouvoir décider, jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi, si la peine qu'il prononce doit entraîner la révocation du sursis antérieurement accordé ou uniquement sa révocation partielle¹⁰⁹. Cela

¹⁰⁶ D. ROUSSEAU, P-Y. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, précis Domat droit public, LGDJ, 12^{ème} éd., p.433 et s.

¹⁰⁷ Cela ne s'est jamais produit. Le Conseil constitutionnel prononce rarement des abrogations différées, et lorsque c'est le cas, il cherche à faire bénéficier le requérant des effets de sa décisions (voir par ex. Cons. Const, déc n°2015-506 QPC du 4 déc. 2015, *M. Gilbert A.*)

¹⁰⁸ Un des rares exemple est donné dans la décision n°2011-163 QPC du 16 sept. 2011 par laquelle le Conseil constitutionnel déclare l'inscription du caractère incestueux d'un viol au casier judiciaire du coupable comme contraire à la Constitution. Il confère un effet immédiat à cette non-conformité totale (c'est-à-dire qu'il est applicable à toutes les procédures de viols incestueux non définitivement jugés au jour de la publication de la décision) mais prend également le soin de préciser dans sa décision que l'effet de sa décision vaut également pour le passé (c'est-à-dire les affaires définitivement jugées au jour de la publication de la décision) par un retrait de la mention du caractère incestueux du viol du casier judiciaire du coupable.

¹⁰⁹ Cons. Const, déc n°2019-815 QPC du 29 nov. 2019, *Mme Carol L.*, point 12 : « Afin de préserver l'effet utile de la présente décision à la solution des instances en cours ou à venir, il y a lieu de juger que, jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi, le juge disciplinaire peut décider que la peine qu'il prononce n'entraîne pas la révocation du sursis antérieurement accordé ou n'entraîne que sa révocation partielle ».

peut être vu comme une façon pour le Conseil constitutionnel, composé de membres non élus, de justifier, de légitimer, son immixtion dans le rôle du législateur lorsqu'il remplace des dispositions législatives jugées inconstitutionnelles par la mise en place d'un régime transitoire dans l'attente de l'adoption d'une nouvelle loi.

En outre, il semblerait que la notion d'effet utile telle qu'utilisée par le Conseil d'État dans son arrêt *Association des Américains accidentels* puisse se rapprocher de celle utilisée par le Conseil constitutionnel. En effet, il existe quelques similitudes entre le recours pour excès de pouvoir et la procédure QPC, en particulier en ce qui concerne les effets des décisions par ces deux juges.

B) La notion d'effet utile communément utilisée par le juge de l'excès de pouvoir et le juge constitutionnel au stade des conséquences de leurs décisions

Une nature objective - Le contentieux constitutionnel de la QPC se rapproche en certains points de celui du recours en excès de pouvoir en contentieux administratif. En effet, ces deux recours ont une nature et une portée principalement objectives. Pour l'un, l'objet du mécanisme est de veiller au respect de la Constitution par le législateur, pour l'autre, l'objectif du recours est de veiller au respect du principe de légalité par l'Administration. Dans les deux cas, la procédure n'est pas tournée en priorité vers la satisfaction des droits subjectifs ou les intérêts privés du requérant qui initie le recours. Celui-ci est surtout là pour actionner la procédure.

Une dimension subjective dans leur déclenchement - Ainsi, une autre similitude entre le REP et la QPC est que les deux procédures ont une dimension subjective dans leur déclenchement¹¹⁰. Pour initier devant le juge du fond une QPC, une des trois conditions à démontrer est celle de l'applicabilité au litige des dispositions contestées¹¹¹. Pour le Conseil d'État, cela implique que la question posée ne soit pas dénuée de rapport avec les termes du litige¹¹². Concernant le recours pour excès de pouvoir, le requérant doit démontrer qu'il a

¹¹⁰ S. MOUTON, M. CARPENTIER (dir), *art. cit.*

¹¹¹ Voir les articles 23-2 et 23-4 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, modifiée par la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009. Les deux autres conditions étant l'absence de décision antérieure concluant, pour un même motif, à la constitutionnalité de la disposition législative litigieuse, sauf en cas de changement de circonstances de droit ou de faits, et le caractère sérieux de la question posée.

¹¹² CE, 2 fév. 2012, *Mme Le Pen*, n°355137

intérêt à agir et qualité à agir. Ainsi, dans les deux cas, même si le recours n'est pas conçu pour rétablir un droit prétendument méconnu du justiciable, le sens de la décision rendue peut avoir des effets sur sa situation juridique. Ces effets pour le justiciable sont, depuis le début du siècle, mieux pris en compte par le juge.

Des pouvoirs de modulation des effets dans le temps des décisions rendues - Enfin, le juge du recours pour excès de pouvoir, comme le juge constitutionnel détient un pouvoir de modulation des effets dans le temps de ses décisions¹¹³. Si par principe, une décision d'annulation du premier a un effet rétroactif et une déclaration d'inconstitutionnalité du second a pour effet une abrogation des dispositions litigieuses, les deux juges peuvent déroger à ce principe afin de maîtriser les conséquences de leurs décisions, autrement dit l'effet utile de ces dernières pour le justiciable. Ainsi, dans les deux cas, l'analyse de l'effet utile pour le justiciable doit être appréhendée sous l'angle des effets des décisions dans le temps¹¹⁴. Effets que le juge peut faire varier sous certaines conditions.

Partant de ces constats concernant l'utilisation de la notion d'effet utile par différents ordres juridictionnels, il convient de remarquer que cette notion peut revêtir diverses significations. Tantôt elle désigne une méthode d'interprétation de dispositions de droit international ou européen visant à leur donner une portée et une efficacité les plus larges possible, tantôt, elle désigne la capacité des décisions rendues par le juge constitutionnel à produire des conséquences sur l'instance initiale à laquelle est partie l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et plus généralement sur les instances en cours. Concernant le sens de cette notion telle qu'utilisée par le Conseil d'État dans son considérant de principe posé dans son arrêt d'assemblée *Association des Américains accidentels*, il conviendra de remarquer que celle-ci revêt une signification qui lui est propre et qui s'inscrit dans le prolongement d'un mouvement, déjà ancien, que constitue celui de la recherche d'effectivité et d'efficacité des décisions rendues par le juge de l'excès de pouvoir et qui est en lien avec la question de l'office du juge.

¹¹³ Le juge de l'excès de pouvoir détient cette possibilité depuis l'arrêt CE, 11 mai 2004, *Association AC ! et autre*, n°255886. Le Conseil constitutionnel détient cette possibilité de l'article 62 de la Constitution du 4 octobre 1958.

¹¹⁴ S. MOUTON, M. CARPENTIER (dir), *art. cit.*

Section 2 – Une notion récente spécifiquement utilisée par le juge de l'excès de pouvoir dans le cadre de la définition de son office

Il importe avant tout de souligner que la notion d'effet utile n'est pas utilisée pour la première fois par le juge administratif dans son arrêt d'assemblée *Association des Américains accidentels*. En effet, jusqu'alors, cette notion était utilisée par le juge administratif dans l'objectif d'assurer l'effectivité d'une procédure (assurer l'effectivité de la procédure de référé, assurer l'effectivité de la procédure de la QPC, assurer l'efficacité d'une procédure de participation ou de consultation, *etc.*) ou d'une norme (assurer l'application effective des normes issues du droit de l'Union européenne, assurer la mise en œuvre effective des décisions rendues par le Conseil constitutionnel, *etc.*)¹¹⁵. Depuis l'arrêt *Association des Américains accidentels*, le juge administratif utilise toutefois cette notion dans un tout autre contexte : celui de la redéfinition de son office (§1) permettant ainsi une prise en compte croissante de la question de l'écoulement du temps et présentant un lien fort avec le pouvoir d'injonction que détient le juge de l'excès de pouvoir (§2).

§ 1 - L'utilisation inédite de la notion d'effet utile par le juge de l'excès de pouvoir dans la redéfinition de son office

Si le Conseil d'État mobilise aujourd'hui le considérant de principe de l'arrêt *Association des Américains accidentels* dans divers domaines du contentieux de l'excès de pouvoir (**B**), c'est originellement dans le cadre du contentieux des refus d'abrogation d'un acte réglementaire que l'utilisation en a été faite (**A**).

A) La notion d'effet utile dans le contentieux du refus d'abrogation d'un acte réglementaire

Considérant de principe - Dans son arrêt d'assemblée du 19 juillet 2019 *Association des Américains accidentels*¹¹⁶, le Conseil d'État pose le considérant de principe suivant lequel « *L'effet utile de l'annulation pour excès de pouvoir du refus d'abroger un acte réglementaire illégal réside dans l'obligation, que le juge peut prescrire d'office en vertu des dispositions de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, pour l'autorité compétente, de procéder à l'abrogation de cet acte afin que cessent les atteintes illégales que son maintien*

¹¹⁵ S. MONNIER, *art. cit.*

¹¹⁶ CE, Ass, 19 juillet 2019, *Association des Américains accidentels*, n°424216, consid. 5 et 6.

en vigueur porte à l'ordre juridique. » Il explique que dès lors, « dans l'hypothèse où un changement de circonstances a fait cesser l'illégalité de l'acte réglementaire litigieux à la date à laquelle il statue, le juge de l'excès de pouvoir ne saurait annuler le refus de l'abroger. À l'inverse, si, à la date à laquelle il statue, l'acte réglementaire est devenu illégal en raison d'un changement de circonstances, il appartient au juge d'annuler ce refus d'abroger pour contraindre l'autorité compétente de procéder à son abrogation », puis en déduit que « lorsqu'il est saisi de conclusions aux fins d'annulation du refus d'abroger un acte réglementaire, le juge de l'excès de pouvoir est conduit à apprécier la légalité de l'acte réglementaire dont l'abrogation a été demandée au regard des règles applicables à la date de sa décision ».

Une solution pragmatique - Cette solution va à l'encontre du principe selon lequel le juge de l'excès de pouvoir statue au regard des circonstances de droit et de fait prévalent au jour d'édition de la décision qui lui est soumise. Ce principe est pourtant un principe affirmé de longue date et considéré comme une caractéristique essentielle du recours pour excès de pouvoir¹¹⁷. Toutefois, cette solution est pragmatique dès lors que la décision de refus d'abroger qui est attaquée par voie d'action n'est qu'un « fait » de nature à ouvrir un nouveau délai de recours afin d'atteindre l'acte réglementaire litigieux dont le requérant sollicite l'abrogation¹¹⁸. Ce dernier ne tire aucun bénéfice de la seule annulation de cette décision de refus. L'objectif du recours pour le demandeur est d'obtenir du juge que celui-ci ordonne, en faisant usage de ses pouvoirs d'injonction, à l'auteur de l'acte réglementaire illégal de l'abroger afin que cet acte cesse de produire ses effets illégaux au sein de l'ordonnement juridique. Dès lors, dans la mesure où, au jour où il statue, l'illégalité de l'acte a cessé (du fait de changement de circonstances de droit ou de fait), l'annulation du refus d'abroger perd son intérêt. Effectivement, au stade de la mise en œuvre de ses pouvoirs d'injonction, le juge administratif, qui se prononce en tant que juge de plein contentieux, sera tenu de se prononcer à la date à laquelle il statue et de tenir compte de cette évolution. Le prononcé par le juge d'une injonction d'abroger un acte réglementaire, devenu légal, serait dès lors dépourvu de toute utilité. En permettant au juge de l'excès de pouvoir de se positionner directement, dans le cadre de ce contentieux, à la date à laquelle il statue, l'arrêt *Association des Américains accidentels* ne fait en réalité que regrouper les deux étapes de son raisonnement – d'abord en tant que juge de

¹¹⁷ B. DEFOORT, *art. cit.*

¹¹⁸ *Ibid.*

l'excès de pouvoir, puis en tant que juge de l'exécution – en mettant la première au service de la seconde. À l'issue du litige, et à supposer que l'acte réglementaire ait effectivement été illégal au jour du refus par l'Administration de l'abroger (rendant dès lors ce refus illégal), malgré le fait que le juge de l'excès de pouvoir ait rejeté un recours en annulation portant formé contre un refus illégal à la date de son édicton, l'ensemble des parties au litige obtient satisfaction. En effet, l'acte contesté par le requérant est désormais légal, et l'Administration n'est pas tenue d'abroger son acte.

La solution inverse est tout autant pragmatique - Si au jour du refus d'abroger opposé par l'Administration, l'acte réglementaire litigieux est légal, le refus d'abrogation est lui aussi légal. Ainsi, en principe, le juge de l'excès de pouvoir, statuant au regard des circonstances de droit et de faits existantes à la date de l'édition du refus d'abroger, ne pourra que conclure au rejet de la requête. Toutefois, s'il s'avère qu'au jour où il se prononce, un changement de circonstances a rendu l'acte réglementaire initial illégal, le juge de l'excès de pouvoir sera amené à rejeter un recours contre un acte pourtant devenu illégal. Le demandeur sera alors obligé de formuler une nouvelle demande d'abrogation de l'acte réglementaire auprès de l'Administration, d'attendre sa réponse, et de former un nouveau recours, le cas échéant, contre la nouvelle décision de refus (explicite ou implicite) qui lui sera opposée. La solution retenue dans l'arrêt *Association des Américains accidentels* permet, au bénéfice du demandeur et d'un rétablissement rapide de la légalité, de sauter ces étapes contentieuses en permettant au juge d'enjoindre immédiatement à l'Administration d'abroger l'acte réglementaire litigieux. À cet égard, il convient de rappeler que l'Administration est tenue d'elle-même, d'abroger les actes administratifs illégaux¹¹⁹.

Toutefois, cette solution malgré son extension à d'autres pans du contentieux de l'excès de pouvoir reste, à une exception près, cantonnée à des recours formés contre des décisions de refus de l'Administration.

B) Les applications plurielles de la jurisprudence *Association des Américains accidentels*

Une solution majoritairement appliquée aux contentieux du refus d'abroger - La solution, posée par le Conseil d'Etat dans son arrêt *Association des Américains accidentels*, ne s'est pas

¹¹⁹ Cf. art. L. 243-2 du CREPA. Cela avait été préalablement affirmé par la jurisprudence. Voir à cet égard CE, 1^{er} janv. 1930, n° 97263, *Despujol* ; CE, 3 fév. 1989, n°74052, *Compagnie Alitalia*

cantonnée au contentieux des refus d'abrogation d'actes administratifs illégaux, même si cela reste majoritairement le cas¹²⁰. Le considérant de principe posé par cet arrêt a été plusieurs fois repris par des Cours administratives d'appel par exemple à propos d'un refus implicite d'abroger un arrêté préfectoral relatif à la fermeture hebdomadaire des boulangeries et point de vente de pain¹²¹, ou encore ou à propos d'un refus d'abrogation d'un arrêté municipal interdisant la circulation des véhicules à moteur sur une voie communale¹²². Ce considérant est également appliqué par quelques tribunaux administratifs. C'est notamment le cas du tribunal administratif de Grenoble dans un jugement rendu le 27 octobre 2020 à propos d'un refus d'abrogation d'un plan local d'urbanisme¹²³.

Une solution étendue à d'autres contentieux de refus - Le contentieux du refus d'abrogation est reconnu de longue date comme un contentieux à part au sein du recours pour excès de pouvoir. En effet, dans ses conclusions sur l'arrêt *Mme Lellouche*¹²⁴, le président Stahl, expliquait que « *cette voie de droit n'a pas les mêmes effets juridiques sur le règlement qu'une action contentieuse directe (...) : en particulier, elle ne peut conduire à son annulation rétroactive, mais seulement à sa disparition de l'ordonnancement juridique à une date postérieure à l'intervention du juge.* » La solution, posée par le Conseil d'État dans son arrêt *Association des Américains accidentels*, aurait ainsi pu s'appliquer exclusivement à ce type de contentieux particulier. Cependant, le juge administratif a rapidement étendu cette solution à d'autres pans du contentieux de l'excès de pouvoir. Toutefois, cette solution reste limitée aux cas des contestations formées à l'encontre de décisions de refus de l'Administration. C'est le cas des refus de réformer un acte administratif illégal¹²⁵, des refus par des autorités administratives, classiques ou indépendantes de faire droit à certaines sollicitations¹²⁶ ou

¹²⁰ Après une recherche sur la base de données Ariane en date du 18 mai 2021, avec les mots clés « *effet utile de l'annulation* », il apparaît que dans une quinzaine de cas sur 36, le considérant est utilisé dans le cadre d'un contentieux de refus d'abrogation d'un acte réglementaire. Cela est exclusivement le cas parmi les 5 arrêts rendus par des Cours administratives d'appel reprenant ce considérant.

¹²¹ CAA Douai, 26 nov. 2020, n°19DA00485, *Société Stepi*,

¹²² CAA Nancy, 26 janv. 2021, n°19NC02499, *Commune de Parfondrupt*

¹²³ TA Grenoble, 27 oct. 2020, n°1804906.

¹²⁴ CE, 11 janv. 2006, n°274282, *Mme Lellouche*

¹²⁵ CE, 29 juillet 2020, n°429517, *FGTE-CFDT*

¹²⁶ Par ex. refus de la CNIL de mettre en demeure l'exploitant d'un moteur de recherche de procéder au déréférencement de lien (CE, 6 déc. 2019, n°429154, *Mme X*) ; refus de l'ACPR de désigner un administrateur provisoire (CE, 25 mars 2021, n°438669, *Société Interhold*) ; refus de la Haute autorité de santé d'abroger ou de modifier une de ses recommandations de bonne pratique (CE, 23 déc. 2020, n°428284, *Association autisme espoir vers l'école*), refus d'un préfet de faire droit à la demande d'un étranger d'avancer son rendez-vous pour déposer sa demande de titre de séjour (CE, 1^{er} juillet 2020, n°436288, *M et Mme Labassi*)

encore des refus par les autorités réglementaires de prendre les mesures qu'implique l'application de la loi¹²⁷.

L'adaptation de la solution aux recours contre des mesures de suspension - Plus remarquable encore, le Conseil d'État a adapté ce considérant dans le cadre d'un recours en annulation contre une mesure de suspension, prise à titre conservatoire, à l'encontre d'un sportif après un contrôle antidopage¹²⁸. Dans l'arrêt *Stassen*, le Conseil d'État commence par réaffirmer, dans un premier temps, et conformément à son office « classique » en excès de pouvoir, son contrôle de la légalité de la décision de suspension à la date de son édicition. Dans un second temps, il ajoute que, dans l'hypothèse où la décision serait légale au jour de son édicition, il lui appartient, afin de garantir l'effet utile du recours qui lui est soumis, et dans le cas où il serait saisi d'une demande en ce sens, de vérifier que la mesure de suspension demeure légale au jour où il statue, et à défaut d'en prononcer l'abrogation. Là, encore, cette solution est pragmatique puisque le juge cherche à vider entièrement le litige, qu'il s'agisse des effets passés produits par la décision litigieuse (qui se sont produits entre la date d'édicition de la décision et le jour du jugement) que des effets futurs de cette décision (qui sont encore susceptibles de se produire dès lors que la mesure de suspension reste en vigueur). Dans le deuxième temps de son analyse, il opère un contrôle « *in concreto du caractère effectivement provisoire de la sanction* »¹²⁹. Cette configuration est en réalité proche de celle de l'arrêt *Association des Américains accidentels* puisque dans les deux cas, il est question d'une décision litigieuse initiale qui continue de produire des effets sur la situation du requérant et dont ce dernier sollicite la disparition de l'ordonnancement juridique. Ce qui distingue la solution retenue dans l'arrêt *Stassen* de celle retenue dans les autres arrêts rendus par le Conseil d'État reprenant le considérant de principe issu de la jurisprudence *Association des Américains accidentels*, est que cette fois-ci, le juge de l'excès de pouvoir opère un double contrôle, d'abord au jour de l'édicition de la décision de suspension, puis, à titre subsidiaire¹³⁰, s'il conclut à la légalité de cette dernière, au jour où il statue. En outre, ce second contrôle ne

¹²⁷ Par ex. refus des ministres de la Solidarité et de la Santé d'adopter des mesures sur le fondement des articles L. 521-17 ou L. 521-7 du code de la consommation en cas de risque présenté par les couches pour bébé (CE 23 déc. 2020, n°431520, *M. Guillemin et a.*) ; refus des autorités publiques de prendre toute mesure utile permettant d'infléchir la courbe des émissions de gaz à effet de serre produites sur le territoire national, de prendre toute mesure de nature réglementaire tendant à « rendre obligatoire la priorité climatique » et de mettre en œuvre des mesures d'adaptation immédiate au changement climatique (CE, 19 nov. 2020, n°427301, *Commune de Grande-Synthe*)

¹²⁸ CE, 28 fév. 2020, n°433886, *M. Stassen*

¹²⁹ B. GENEVOIS, *art. cit.*

¹³⁰ H. BOUILLON, « Le REP Retrouve En Performance ou Repose En Paix », *DA* juin 2020, n°6, p. 21-25, comm. 28

semble pas pouvoir être réalisé d'office par le juge dès lors que le Conseil d'État impose d'être « *saisie de conclusions en ce sens* »¹³¹.

Cette analyse des suites données au considérant posé par le Conseil d'État dans son arrêt *Association des Américains accidentels* met en exergue au moins deux éléments communs à l'ensemble des contentieux dans lesquels la solution est appliquée. En effet, à chaque fois, il s'agit d'une part de contentieux tournés vers l'avenir et donc particulièrement sensibles à l'évolution du temps, et d'autre part de contentieux appelant la mobilisation par le juge de son pouvoir d'injonction. Ainsi, il semble possible d'avancer la thèse selon laquelle la notion d'effet utile utilisée par le juge de l'excès de pouvoir dans le cadre de son office est à mettre en lien avec la question de la prise en compte par le juge de l'excès de pouvoir de l'écoulement du temps, et avec celle de la maîtrise des effets de ses décisions grâce à ses pouvoirs d'injonction.

§ 2 - Le lien révélé entre effet utile, écoulement du temps et injonction par le juge de l'excès de pouvoir pour la redéfinition de son office

Il est possible, à la lecture de la jurisprudence *Association des Américains accidentels* et de ses applications postérieures, d'établir un lien fort entre utilisation par le juge de la notion d'effet utile, usage de ses pouvoirs d'injonction et prise en compte de la question de l'écoulement du temps. En effet, le pouvoir d'injonction conféré au juge de l'excès de pouvoir par la loi du 8 février 1995 lui a permis d'apporter à son action un « *surcroît d'efficacité* »¹³² en le mettant en capacité de déterminer les conséquences qu'il entend faire produire à ses décisions (A). En outre, cette prérogative, qui permet désormais au juge administratif d'exercer son office en deux temps, l'a mis à même de tenir compte de l'écoulement du temps (B).

A) La mise en œuvre du pouvoir d'injonction, instrument au service de l'effet utile

La logique injonctive - Un des points communs entre les arrêts rendus dans la lignée de l'arrêt *Association des Américains accidentels* est que ce sont tous des contentieux qui ont une

¹³¹ CE, 28 fév. 2020, n°433886, *M. Stassen*

¹³² B. GENEVOIS, *art. cit.*

logique « *injonctive* »¹³³, c'est-à-dire qu'à chaque fois, ce qu'espère le requérant de l'intervention du juge, c'est que ce dernier mette en œuvre ses pouvoirs d'injonction de façon à ordonner à l'Administration d'agir dans un sens déterminé, ou au moins de réexaminer sa demande. Par exemple, dans l'arrêt *Mme X*¹³⁴, la requérante désire que le juge ordonne à la CNIL de mettre en demeure Google de procéder au déréférencement du lien lié à son nom. Dans l'arrêt *Société Interhold*¹³⁵, la société requérante souhaite que le juge enjoigne à l'ACPR de désigner un administrateur provisoire auprès de la banque Delubac et Cie, *etc.* Même en étant les parties gagnantes au litige, dans ces affaires, les requérants ne retireraient aucune utilité de leur recours si le juge se contentait de prononcer l'annulation de la décision de refus opposée par l'Administration, sans prononcer de mesure d'injonction. C'est d'ailleurs pour éviter de telles annulations platoniques, très critiquées en doctrine tout au long de la seconde moitié du XX^{ème} siècle¹³⁶, que le législateur est intervenu pour octroyer au juge administratif un pouvoir d'injonction par la loi du 8 février 1995¹³⁷.

L'impact de la loi du 8 février 1995 sur le recours pour excès de pouvoir - L'octroi au juge administratif d'un pouvoir d'injonction a eu un véritable impact sur le contentieux administratif, et en particulier sur le contentieux de l'excès de pouvoir. En effet, avant 1995, le recours pour excès de pouvoir était vu comme « *un procès fait à un acte* »¹³⁸. De nature éminemment objective¹³⁹, l'intervention du juge visant exclusivement à contrôler la conformité d'un acte à la légalité¹⁴⁰. De façon schématique, le juge raisonnait de façon binaire : soit l'acte qui lui était soumis était légal et il rejetait le recours, soit l'acte était entaché d'un quelconque vice, de légalité externe ou interne, et il prononçait l'annulation de l'acte litigieux, charge ensuite à l'Administration de tirer les conséquences de cette annulation. Le juge ne tenait pas compte en tant que tel des conséquences de ses décisions pour l'auteur du recours.

¹³³ A. LALLET, « Données personnelles : le droit au "déréférencement" » (ccl. sur l'arrêt CE 6 déc. 2019, *Mme X*, n° 391000), *RFDA* 2020, p.93

¹³⁴ CE, 6 décembre 2019, n° 391000, *Mme X*,

¹³⁵ CE, 25 mars 2021, *Société Interhold*, n°438669

¹³⁶ Voir par ex. : Y. GAUDEMET, « *Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif* », in Mélanges en l'honneur de G. Burdeau, LGDJ, 1975, p. 805 et s ; J. RIVERO, *art. cit.* ; J-P. COSTA, « L'exécution des décisions des juridictions administratives en Italie », *AJDA* 1994, p. 364

¹³⁷ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative

¹³⁸ E. LAFERRIERE, *op. cit.*, p. 561

¹³⁹ L'expression de recours objectif provient d'une classification des recours en contentieux administratif selon la nature de la question posée au juge, établis par divers auteurs du XX^e siècle, dont Léon Duguit ou Marcel Waline. Le contentieux objectif s'oppose au contentieux subjectif qui consiste pour le demandeur à se voir reconnaître un droit subjectif dont il s'estime titulaire.

¹⁴⁰ R. CHAPUS, *op. cit.*, p.210

Si ce dernier bénéficiait à titre personnel d'une annulation, c'était « *par surcroît* »¹⁴¹. Depuis la loi du 8 février 1995, le juge administratif peut désormais, au sein même de son jugement, prescrire à une personne morale du droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public, de prendre une mesure d'exécution dans un sens déterminé¹⁴² ou de prendre une nouvelle décision à l'issue d'une nouvelle instruction¹⁴³. Cela peut être assorti d'une astreinte¹⁴⁴. Ainsi, le juge de l'excès de pouvoir est désormais en mesure, après s'être interrogé sur la légalité de l'acte qui lui est soumis, de s'intéresser aux conséquences qu'il souhaite faire produire à sa décision. Il sort ainsi du cadre binaire, annulation/rejet, de son office, et « *ne se borne plus à constater platoniquement ce qui est ou non conforme au droit* »¹⁴⁵, mais cherche à faire produire un effet utile à ses décisions.

Les nouvelles préoccupations du juge de l'excès de pouvoir en termes d'efficacité et d'utilité de son action - Le pouvoir d'injonction accordé au juge de l'excès de pouvoir en 1995 a ainsi mis progressivement au centre des préoccupations la question de l'effectivité et de l'utilité de l'intervention du juge¹⁴⁶. Cette volonté de ce dernier de faire produire à ses décisions un effet utile l'a conduit à plusieurs reprises à adapter son office « *aux exigences de son temps* »¹⁴⁷. À chaque fois, ces évolutions s'ancrent dans une perspective « *utilitariste, pragmatique* », axée sur la détermination de la « *valeur ajoutée* » de son intervention¹⁴⁸ et sur la volonté de donner des effets concrets à ces décisions. Le déplacement de son point de contrôle de la légalité de la décision de refus d'abroger qui lui est soumise qu'il opère dans l'arrêt *Association des Américains accidentels* s'intègre pleinement dans ce mouvement. C'est pour pouvoir mettre en œuvre, le cas échéant son pouvoir d'injonction, au profit du rétablissement rapide de la légalité et de la satisfaction du requérant qu'il opère cette modification de son office. En effet, en appréciant la légalité de l'acte qui lui est soumis au jour où il statue, cela lui permet de constater immédiatement l'illégalité de l'acte, lorsque cette

¹⁴¹ *Ibid.*, p.224

¹⁴² Art. L.8-2 al. 1 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, aujourd'hui codifié à l'art. L911-1 al. 1 du code de justice administrative.

¹⁴³ Art. L.8-2 al. 2 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, aujourd'hui codifié à l'article L911-2 al. 1 du code de justice administrative.

¹⁴⁴ Art. L.8-3 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, aujourd'hui codifié à l'art. L911-3 du code de justice administrative.

¹⁴⁵ J-M. SAUVE, « L'injonction – la loi du 8 février 1995 après vingt ans de pratique », Intervention de Jean-Marc Sauvé le 5 septembre 2014 dans le cadre de la Conférence nationale des présidents des juridictions administratives qui s'est tenue à Montpellier : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-injonction-la-loi-du-8-fevrier-1995-apres-vingt-ans-de-pratique>

¹⁴⁶ J-H STAHL, *art. cit.*

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ B. DEFOORT, *art. cit.*

illégalité est survenue en raison d'un changement de circonstances de faits ou de droit entre la date du refus d'abrogation et la date du jugement et d'enjoindre à l'Administration de l'abroger. En se plaçant à la date de la décision de refus, le juge aurait dans ce cas de figure prononcé le rejet de la requête et ainsi obligé le requérant à « *formuler une nouvelle demande d'abrogation et à engager un nouveau contentieux, en laissant perdurer une illégalité dans l'intervalle* »¹⁴⁹. Ainsi, pour atteindre son objectif de donner à ses décisions un effet utile, le juge administratif est souvent amené à jouer sur son office de juge de l'excès de pouvoir, afin de pouvoir, dans un second temps, exercer pleinement et de façon efficace, son office de juge de l'exécution. Dès lors, comme le résumait très bien Clément Malverti et Cyrille Beaufils, « *ce n'est plus la nature du recours pour excès de pouvoir qui dicte les effets, mais les effets attendus qui en déterminent la nature* »¹⁵⁰. Le juge détermine d'abord les effets recherchés par son intervention et adapte ensuite son office de juge de l'excès de manière à donner pleine utilité au jugement qu'il va rendre¹⁵¹. Cette « *approche conséquentialiste* »¹⁵² est d'autant plus vraie depuis qu'il s'est vu octroyer un pouvoir d'injonction d'office.

Injonction d'office - Jusqu'au 25 mars 2019, le juge de l'excès de pouvoir ne pouvait mettre en œuvre ses pouvoirs d'injonction que lorsqu'il était saisi de conclusions en ce sens par une des parties. Toutefois par la loi du 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice¹⁵³, le législateur a complété les articles L. 911-1 et L. 911-2 du code de justice administrative d'un nouvel alinéa permettant au juge administratif de prescrire d'office, des mesures d'injonction. Cela a eu pour conséquence que désormais, le juge de l'excès de pouvoir doit systématiquement s'interroger sur l'opportunité de mettre en œuvre ses pouvoirs d'injonction, même lorsqu'il n'est pas saisi de demande en ce sens des parties. Cela lui ouvre un champ encore plus large dans la détermination des conséquences de ses décisions et apporte ainsi un « *surcroît d'efficacité à [son] action de juge de la légalité* »¹⁵⁴.

En outre, le pouvoir d'injonction octroyé au juge de l'excès de pouvoir, qui lui a permis d'exercer son office en deux temps – d'abord en tant que juge de l'excès de pouvoir en se

¹⁴⁹ A. LALLET « Le contentieux de l'abrogation des actes réglementaires » (ccl. sur CE, Ass., 19 juillet 2019, *Association des Américains accidentels*, n° 424216), *RFDA* 2019, p.891

¹⁵⁰ C. MALVERTI, C. BEAUFILS « Dynamique ou Dynamite ? L'appréciation de la légalité à la date à laquelle le juge statue », *AJDA* 2020, p.722

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² H. BOUILLON, *art. cit.*

¹⁵³ Art. 40 de la loi n°2019-222 du 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

¹⁵⁴ B. GENEVOIS, *art. cit.*

plaçant au jour de naissance de l'acte litigieuse, puis en tant que juge de l'exécution, en se plaçant au jour où il statue – est à l'origine de la possibilité pour ce dernier de tenir compte de l'écoulement du temps¹⁵⁵. Or, dans l'arrêt *Association des Américains accidentels*, cette question de la prise en compte de l'écoulement du temps est centrale dans la recherche par le juge de l'effet utile de sa décision.

B) La prise en compte de l'écoulement du temps, conséquence du pouvoir d'injonction

Lien entre injonction et prise en compte de l'écoulement du temps - Le changement opéré par le juge au niveau de son rapport au temps doit être mis en lien avec pouvoir d'injonction. En effet, à partir du moment où le juge a été en mesure d'agir au sein même de sa décision sur les conséquences qu'il est susceptible de lui faire produire, le juge de l'excès de pouvoir a dû cesser de regarder uniquement « *dans le rétroviseur* » et « *a progressivement été conduit à regarder devant lui, en se préoccupant directement et immédiatement des conséquences s'attachant, à compter de demain, à la décision prise au regard de la situation qui s'était cristallisée hier* »¹⁵⁶. En effet, le Conseil d'État considère que lorsqu'il se prononce sur des conclusions accessoires à fin d'injonction, le juge de l'excès de pouvoir statue en tant que juge de pleine juridiction et doit donc « *statuer sur ces conclusions en tenant compte de la situation de droit et de fait existant à la date de sa décision* »¹⁵⁷. Ainsi, concrètement, lorsque le juge de l'excès de pouvoir est saisi à la fois de conclusions à fin d'annulation et de conclusions à fin d'injonction, il doit, dans un premier temps analyser la légalité de l'acte au jour de son édicton, puis, dans un second temps, en cas d'annulation de l'acte, statuer sur les demandes à fin d'injonction en se plaçant cette fois-ci au jour où il se prononce. De cette manière, avant même l'arrêt *Association des Américains accidentels*, le juge de l'excès de pouvoir était en mesure de tenir compte de l'écoulement du temps. Cela n'était toutefois pas possible si, à l'issue de la première étape, il concluait au rejet de la requête, y compris si, du fait de changement de circonstances, l'acte était devenu légal au jour où il se prononce.

Des contentieux tournés vers l'avenir - Le point commun de tous les arrêts reprenant le considérant de principe posé dans l'arrêt *Association des Américains accidentels* est qu'à chaque fois, la décision attaquée par voie d'exception dans le cadre d'un recours formé par

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ J-H STAHL, *art. cit.*

¹⁵⁷ CE, 4 juillet 1997, n°156298, *Epoux Bourezak*

voie d'action contre une décision de refus (implicite ou explicite) de l'Administration est une décision qui continue, au jour du jugement, de produire des effets. Par son recours devant le juge de l'excès de pouvoir, le requérant souhaite mettre fin à ces effets qu'il estime attentatoires à ses droits ou à ses intérêts. En effet, lorsque le requérant sollicite l'annulation de la décision de refus d'abroger un acte réglementaire qui lui a été opposée par l'Administration, il sollicite, en réalité l'abrogation de cet acte réglementaire qu'il estime illégal. Dès lors que l'Administration n'opère pas l'abrogation sollicitée, de son plein gré ou sur injonction du juge, l'acte litigieux continue de produire ses effets dans l'ordonnancement juridique et de potentiellement porter atteinte aux intérêts du requérant. Il en va de même lorsque c'est un refus de l'Administration qui est contesté, par exemple, un refus de prendre « *les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi* »¹⁵⁸. En effet, tant que l'Administration n'aura pas pris les mesures sollicitées, là encore, de sa propre initiative, ou à la suite d'une injonction du juge, l'illégalité dont se prévaut le requérant ne sera pas effacée. Ainsi, dans de tels contentieux, le juge doit « *davantage se tourner vers l'avenir* »¹⁵⁹. En effet, dans ces cas-là, le rétablissement de la légalité et la satisfaction du requérant passent avant tout par le prononcé d'injonctions abrogatives ou modificatives, plutôt que par une annulation simple de la décision de refus. En outre, en raison du principe de non-rétroactivité des actes administratifs, si le requérant obtient satisfaction, cela ne sera que pour l'avenir, à compter du jour où l'Administration exécutera la mesure d'injonction afin de se conformer au jugement.

Sensibilité du contentieux au temps - En outre, dans les contentieux de refus d'abrogation ou de refus de prendre une mesure dans un sens donné, dès lors que c'est la décision de refus qui doit être attaquée dans le délai de recours contentieux, il se peut que les décisions contestées par voie d'exception, ou la carence de l'Administration à agir, aient produit des effets pendant plusieurs mois voire plusieurs années¹⁶⁰. Or, plus le laps de temps pendant lequel la décision litigieuse produit ses effets est grand, plus il y a de chances que les circonstances de droit ou de fait aient évolué. Dès lors, de tels contentieux sont des contentieux très sensibles à l'écoulement du temps. Ce n'est pas le cas dans tous les domaines du contentieux de l'excès de pouvoir. En effet, dans certains cas, la décision dont il est sollicité

¹⁵⁸ CE, 21 janvier 2021, n°429956, *Association ouvre-boîte* ; CE, 27 mai 2021, n°441660, *Association compassion in world farming France*

¹⁵⁹ A. LALLET, *art. cit.*

¹⁶⁰ Déclencher l'intervention d'une décision implicite ou explicite de refus d'abroger un acte est une technique contentieuse permettant d'atteindre un acte contre lequel le délai de recours contentieux par voie d'action, par principe de deux mois est écoulé.

l'annulation a produit ses effets à un instant t et ne produit plus de conséquence sur les intérêts du requérant au jour où le juge se prononce¹⁶¹. L'objectif du recours pour ce dernier consiste uniquement à ce que l'illégalité de la décision soit reconnue, avec de bénéficier des effets rétroactifs de l'annulation de la décision litigieuse. C'est par exemple le cas lorsque le juge est amené à se prononcer sur la légalité d'une mesure de fermeture administrative de quelques semaines ou quelques mois, ou encore lorsqu'il est amené à se prononcer sur une mesure de suspension prise à l'encontre d'un fonctionnaire qui a réintégré ses fonctions au jour du jugement, *etc.*

Lien entre effet utile et écoulement du temps - Dans l'arrêt *Association des Américains accidentels*, le Conseil d'État, va, au nom de l'effet utile de la décision d'annulation qu'il est susceptible de prononcer, différer son point de contrôle de la légalité de la décision qui lui est soumise pour tenir compte de la question de l'écoulement du temps. Cela permet d'aboutir à une solution, qui tout en donnant satisfaction au requérant¹⁶², et à plus grande échelle en rétablissant la légalité, permet d'éviter un nouveau litige entre les mêmes parties à propos d'un même objet, en raison seulement d'un changement de circonstances¹⁶³. Cette nouvelle façon d'appréhender la légalité d'un acte administratif dans le cadre du recours pour excès de pouvoir est désigné par plusieurs rapporteurs publics¹⁶⁴ et commentateurs¹⁶⁵ d'« *appréciation dynamique de la légalité* » en référence à la formule utilisée par le président Guyomar dans un commentaire de la jurisprudence *Alitalia*¹⁶⁶ publié à l'AJDA en 2014¹⁶⁷. Cette hypothèse de l'existence d'un lien fort entre efficacité des décisions rendues par le juge et maîtrise du temps par ce dernier est mise en avant par les travaux de Damien Connil¹⁶⁸. Selon lui, « *pour rendre*

¹⁶¹ Ce qui, compte tenu des délais de jugement, et selon le type de recours, peut intervenir dans un délai d'environ un an après l'édition et la prise d'effet de la décision attaquée, bien que cela peut être pallié par l'exercice d'un recours en référé.

¹⁶² Soit, car le juge lui permet de bénéficier d'une évolution des circonstances qui lui sont favorables et qui permettent au juge d'ordonner à l'Administration d'abroger l'acte administratif devenu illégal au jour où il se prononce, soit, car l'évolution des circonstances a permis de purger l'acte de l'illégalité invoquée par le requérant et qu'il n'y a dès lors plus lieu, pour ce dernier, de le contester.

¹⁶³ Une décision de justice a autorité de chose jugée pour tous les litiges ayant la même identité d'objet, de partie et de cause (voir C. BROUELLE, *op. cit.*, p. 346 et s.). Dès lors, un changement dans les circonstances de droit ou de fait peut permettre un nouveau recours. Un requérant peut parfaitement formuler une nouvelle demande d'abrogation auprès de l'Administration en exposant un changement dans les circonstances de droit ou de fait et attaquer, le cas échéant, une nouvelle décision de refus.

¹⁶⁴ Voir à cet égard A. BRETONNEAU, *art. cit.* (ccl. sur CE, 24 fév. 2017, n°391000, *Mme Chupin et a*) ; ou encore A. LALLET, *art. cit.* (ccl. sur CE, 19 juillet 2019, n°s 424216, 424217, *Association des Américains accidentels*)

¹⁶⁵ Par ex. C. MALVERTI, C. BEAUFILS, *art. cit.*

¹⁶⁶ CE, Ass., 3 fév. 1989, n°74052, *Compagnie Alitalia*.

¹⁶⁷ M. GUYOMAR, P. COLLIN, *art. cit.*

¹⁶⁸ D.CONNIL, *op. cit.*

*des décisions efficaces, [le juge] doit s'attacher à maîtriser le temps qui se déroule devant lui et qui continue de faire œuvre »*¹⁶⁹. Selon lui, cette prise en compte du temps, notamment liée à l'introduction d'un pouvoir d'injonction a mené la juge « *à repenser la question qu'il se fait de son propre office* »¹⁷⁰. Désormais, la prise en compte d'une donnée temporelle lui permet de « *porter une attention aux situations concrètes qui lui sont soumises et aux conséquences de son intervention* »¹⁷¹. Dans une période récente, le Conseil d'Etat a lui-même établi un lien entre effet utile et sensibilité au temps des droits en cause dans le litige qui lui est soumis. En effet, dans l'arrêt *Graner*¹⁷², rendu par le Conseil d'État le 12 juin 2020, à l'occasion d'un contentieux relatif à un refus implicite de la commission d'accès aux documents administratifs de faire droit à la demande du requérant d'accéder de façon anticipée à certains documents d'archives¹⁷³, le juge du Palais royal va affirmer que « *par exception au principe selon lequel le juge de l'excès de pouvoir apprécie la légalité d'un acte administratif à la date de son édicton, il appartient au juge, eu égard à la nature des droits en cause et à la nécessité de prendre en compte l'écoulement du temps et l'évolution des circonstances de droit et de fait afin de conférer un effet pleinement utile à son intervention, de se placer à la date à laquelle il statue* »¹⁷⁴. Dans cet arrêt, un lien est explicitement fait par le Conseil d'État entre prise en compte de l'écoulement du temps et effet utile de son intervention. La dimension temporelle du litige semble même être un des critères justifiants, au nom de l'effet utile, l'usage par le juge d'une appréciation dynamique de la légalité.

L'étude empirique de la notion d'effet utile a permis de démontrer que cette notion est utilisée en droit depuis de nombreuses années. Cependant, selon le juge et le contexte à l'origine de son utilisation, ces termes ne revêtent pas la même signification. Dès lors, il semble impossible de conceptualiser cette notion et d'en donner une définition générale. En outre, cette approche empirique a permis d'identifier un lien entre la notion d'effet utile telle qu'utilisée par le Conseil d'État dans sa jurisprudence *Association des Américains accidentels*, avec la question de la prise en compte de l'écoulement du temps par le juge et l'exercice de ses pouvoirs d'injonction.

¹⁶⁹ D. CONNIL, « (quelques remarques sur) L'office du juge administratif et le temps », in. J-F. LAFAIX (dir.), *art. cit.*, p.243

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² CE, 12 juin 2020, n°422327, *M. Graner*

¹⁷³ S. MONNIER, *art. cit.*

¹⁷⁴ CE, 12 juin 2020, n°422327, *M. Graner*

Afin de définir de façon plus précise les contours de la notion d'effet utile au sens de la jurisprudence *Association des Américains accidentels*, qui semble davantage pouvoir être qualifiée de notion fonctionnelle¹⁷⁵, il convient de compléter l'approche empirique de la notion par une approche téléologique de cette dernière, c'est-à-dire reposant sur l'étude de sa finalité¹⁷⁶, de ses fonctions.

¹⁷⁵ Guillaume Tusseau définit une notion fonctionnelle comme une notion « qui remplit, dans un contexte donné, une fonction (...) d'ordre pratique » et qui permet ainsi « d'exprimer un ensemble de circonstances qui appelle certaines conséquences normatives » (voir en ce sens : G. TUSSEAU, « Critique d'une méta notion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » », *RFDA* 2009, p. 641)

¹⁷⁶ Larousse, « téléologique », dictionnaire en ligne, consulté le 12 juin 2021 sur : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/t%c3%a9l%c3%a9ologie/77103>

CHAPITRE 2 - L'APPROCHE SPECIFIQUE AU JUGE DE L'EXCES DE POUVOIR DE LA NOTION D'EFFET UTILE PAR UNE DEFINITION TELEOLOGIQUE

Le juge de l'excès de pouvoir, doté d'un pouvoir d'injonction qu'il peut aujourd'hui mettre en œuvre d'office, est en capacité de maîtriser les conséquences concrètes des décisions qu'il rend. Ce double office de juge de l'excès de pouvoir et de juge de l'injonction l'oblige désormais, dès le stade de l'analyse de la légalité de la décision, à s'interroger sur les effets qu'il entend faire produire à son jugement ou arrêt. La notion d'effet utile telle qu'utilisée dans l'arrêt *Association des Américains accidentels* semble constituer pour le juge administratif à la fois un objectif qu'il assigne à son intervention visant à permettre entièrement et définitivement la résolution du litige qui lui est soumis (**section 1**) mais également comme une justification des adaptations qu'il apporte lui-même à son propre office¹⁷⁷ (**section 2**).

Section 1 - La redéfinition des objectifs du juge de l'excès de pouvoir par la quête d'effectivité et d'utilité de son intervention

Aujourd'hui, le juge de l'excès de pouvoir n'a plus pour unique mission le rétablissement de la légalité méconnue par l'Administration. Ce dernier doit davantage tenir compte des conséquences engendrées par ses jugements (ou arrêts) notamment sur la situation du justiciable. Il est désormais mal vu qu'il rende des décisions dépourvues de tout effet utile (§1) ou qui ne permettent pas de mettre définitivement fin au litige (§2).

§ 1 - L'importance de l'effet utile enrichie par l'identification des décisions dépourvues d'utilité

A titre liminaire, l'expression « *effet inutile* » d'une décision sera utilisée pour désigner les jugements ou arrêts rendus par le juge de l'excès de pouvoir dépourvu d'effet utile¹⁷⁸. Il

¹⁷⁷ S. MONNIER, *art. cit.*

¹⁷⁸ Le notion d'« effet inutile » est utilisée en opposition à la notion d'effet utile par Marina BENIGNI dans sa thèse relative à l'application dans le temps des décisions QPC à propos de l'effet utile des décisions rendues par le Conseil Constitutionnel (*in* M. BENIGNI, *L'application dans le temps des décisions QPC*, LGDJ – Coll. Des Thèses, n°180, 2019, p. 307 et s.)

conviendra dans ce paragraphe d'opérer un rapprochement entre la notion d'« *effet inutile* » d'une décision et l'expression régulièrement utilisée par la doctrine d'« *annulation platonique* » (A). De telles annulations platoniques peuvent être constatées dans de divers cas de figure (B).

A) L'existence d'un lien entre effet inutile d'une décision et annulation platonique

Origine de l'expression d'annulation platonique - L'expression « *annulation platonique* » est fréquemment utilisée en droit pour parler des conséquences d'une décision de justice, et ce depuis son utilisation par le Commissaire du Gouvernement Romieu dans ses conclusions sur l'arrêt *Martin*¹⁷⁹ de 1905 pour exprimer le fait que le rôle du juge de l'excès de pouvoir est simplement de déterminer si l'acte doit ou non être annulé et non de se préoccuper des conséquences positives ou négatives de son jugement. Pour lui, ce rôle justifie que dans certains cas, l'annulation prononcée par le juge ait pour seul effet de « *dire le droit* »¹⁸⁰.

Signification contemporaine de l'expression - Cette expression a toutefois été utilisée par la suite dans un sens plus péjoratif pour critiquer l'absence de prise en compte par le juge de l'excès de pouvoir des conséquences de ses décisions pour le justiciable¹⁸¹. Ainsi une « *annulation platonique* » au sens contemporain est une annulation qui n'apporte rien aux parties.

Lien avec la notion d'effet inutile - Dans le langage courant, est platonique une chose « *de pure forme, sans effet réel* »¹⁸². Cette idée d'absence d'effet, d'apport, se retrouve dans la définition du terme « *inutile* » selon le langage courant¹⁸³. Dès lors, il est possible de considérer que les expressions « *annulations platoniques* » et « *annulations dépourvues d'effet utile* » sont relativement synonymes.

¹⁷⁹ CE 4 août 1905, n° 14220, *M. Martin*

¹⁸⁰ J. ROMIEU, ccl. sur CE 4 août 1905, n° 14220, *M. Martin*, *RDP* 1906, p. 749 (cité par : C. LANTERO, « Sécurité juridique et mutation des annulations platoniques », *AJDA* 2019, p. 1100).

¹⁸¹ Voir par exemple : P. WEIL, *op. cit.* ; Y. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 805 et s ; J. RIVERO, *art. cit.* ; J-P. COSTA, *art. cit.*

¹⁸² Larousse, « platonique », *dictionnaire en ligne*, consulté le 12 juin 2021 : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/platonique/61555>

¹⁸³ Comme cela a pu être dit en introduction, une action est inutile si elle ne sert à rien, n'apporte rien, ou est superflue, ou encore si elle n'a aucun effet ou qu'elle ne remplit pas son but

Or, une décision rendue par le juge de l'excès de pouvoir peut être platonique ou dépourvue d'effet utile dans plusieurs cas de figure.

B) L'existence d'une pluralité de cas d'annulation platonique

Les annulations inefficaces - Peuvent être considérées comme platoniques les annulations inefficaces¹⁸⁴, car arrivant trop tard et qui ne permettent pas de modifier la situation litigieuse. C'est par exemple le cas dans le célèbre arrêt *Benjamin*¹⁸⁵. En effet, dans cet arrêt, le Conseil d'État a annulé les arrêtés du maire de Nevers interdisant M. Benjamin à donner une conférence. Cependant, l'arrêt est rendu en 1933 alors que la conférence interdite devait se tenir en 1930. Dès lors, l'annulation de la décision a pour unique effet de constater l'illégalité de la décision passée – ce qui permettra éventuellement au requérant d'obtenir la réparation de ses préjudices –, mais ne peut en rien permettre au requérant de donner de manière rétroactive sa conférence¹⁸⁶.

Les demandes devenues sans objet - Seraient également dépourvues d'effet utile les annulations qui interviendraient dans un contentieux devenu sans objet. Cela semble logique. Cependant, en toute rigueur, le fait que le juge de l'excès de pouvoir statue en se plaçant à la date d'édiction de la décision attaquée ne devrait pas pouvoir lui permettre de tenir compte des circonstances intervenues postérieurement et donc de tenir compte d'évènements tel que le retrait ou l'intervention de la mesure sollicitée intervenus après la date d'édiction de la décision contestée. D'ailleurs, il a fallu attendre le début du XXI^{ème} siècle pour que le Conseil d'État admette que l'intervention en cours d'instance de l'abrogation réclamée¹⁸⁷ ou le fait que l'acte litigieux cesse d'être applicable avant que le juge ait statué prive d'objet le contentieux¹⁸⁸.

Les annulations pour vices de légalité externe vénielles - Certaines annulations ont une utilité intrinsèque, mais deviennent platoniques si l'Administration reprend la même décision en corrigeant ses erreurs¹⁸⁹. C'est le cas des annulations pour des vices de forme ou de

¹⁸⁴ C. LANTERO, *art. cit.*

¹⁸⁵ CE, 19 mai 1933, n° 17413, *Benjamin et syndicat d'initiative de Nevers*

¹⁸⁶ C. LANTERO, *art. cit.*

¹⁸⁷ CE, 27 juillet 2001, n°218067, *CAMIF*

¹⁸⁸ CE, 11 janv. 2006, n°274282, *Mme Lellouche*

¹⁸⁹ C. LANTERO, *art. cit.*

procédure véniels. Comme le relevait le président Kahn dans ses conclusions sur la décision *Dame Ginestet*¹⁹⁰, l'illégalité externe se définit « *comme celle qui, une fois constatée, laisse intacte la faculté, pour l'administration, de refaire l'acte sans violer la chose jugée par le juge de l'excès de pouvoir* ». Au contraire, l'illégalité interne « *peut être comprise comme celle qui, sauf exception, interdit à l'administration de reprendre la même décision* ». Concrètement, dans le cadre d'un contentieux de refus d'abroger, si l'Administration refuse de donner suite à la demande préalable du requérant de procéder à l'abrogation de l'acte litigieux, c'est parce qu'elle estime que cet acte est utile et qu'il produit des effets de droit. Dès lors, si le juge annule son refus du fait d'un vice de forme ou de procédure affectant l'acte, il y a de fortes chances qu'immédiatement après l'abrogation de l'acte litigieux en application du jugement, l'Administration reprenne exactement le même acte sur le fond en respectant cette fois-ci les règles de légalité externe. Une telle annulation n'apporte aucun effet concret pour le requérant ou l'ordonnancement juridique, si ce n'est d'avoir sanctionné de façon stricte le non-respect par l'Administration de la légalité. C'est d'ailleurs pour éviter de telles annulations platoniques que le Conseil d'État a limité l'invocation des vices de forme et de procédure contre un acte attaqué par la voie de l'exception d'illégalité¹⁹¹.

Les annulations qui ne permettent pas au juge de mettre en œuvre son pouvoir d'injonction - Enfin, peuvent être considérées comme dépourvues d'effet utile les annulations qui ne permettent pas au juge de mettre en œuvre les mesures d'injonction sollicitées par le requérant. C'est notamment le cas lorsque, au jour de son édicition, l'acte soumis au juge était illégal, ce qui conduit ce dernier à prononcer son annulation, mais qu'au jour où il statue – jour auquel il se prononce en tant que juge de l'injonction – un changement de circonstances a eu pour effet de rendre l'acte légal et d'empêcher ainsi le prononcé d'une mesure d'injonction malgré le constat de l'illégalité initiale de l'acte.

En raisonnant *a contrario*, une décision rendue par le juge de l'excès de pouvoir est dotée d'un effet utile dès lors qu'elle apporte quelque chose à l'une ou l'autre des parties, que ce soit en accordant au requérant ce qu'il souhaite ou en validant l'acte de l'Administration. Autrement dit, l'effet utile d'une décision de justice est en lien avec la valeur ajoutée de l'intervention du juge. Dans tous les cas, la décision rendue doit permettre de mettre

¹⁹⁰ J. KAHN, ccl. sur CE, Sect., 23 mars 1956, n° 3587, *Dame veuve Ginestet*, Lebon p. 141, *AJDA* 1956. p. 164 (cité par C. LANTERO, *art. cit.*).

¹⁹¹ CE, Ass., 18 mai 2018, n° 414583, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*

définitivement fin au litige qui oppose les parties tout en évitant de porter une atteinte disproportionnée à d'autres intérêts tels que l'intérêt général et l'intérêt des tiers.

§ 2 - L'importance de l'effet utile traduite par un double objectif assigné à l'intervention du juge de l'excès de pouvoir

Selon Paul Ricoeur, juger un différend entre des parties revêt deux finalités : la première étant celle de « *trancher un conflit en disant le droit ici et maintenant, de mettre fin à une incertitude* »¹⁹² et la seconde, étant, dans une dimension plus large, de « *contribuer à la paix sociale* »¹⁹³. Dès lors, pour revêtir un effet utile, l'intervention du juge doit avant toute chose permettre de vider le litige qui oppose les parties « *le plus complètement et le plus profondément possible* »¹⁹⁴ (A) tout en tenant compte d'autres impératifs tels que le bon fonctionnement des services publics, la sécurité juridique, l'intérêt des tiers, *etc.* (B)

A) L'effet utile des décisions de justice du strict point de vue des parties

Le rôle premier du juge administratif est de mettre fin au différend qui oppose les parties

- L'intervention du juge est par définition utile dès lors qu'elle permet de régler le litige qui lui est soumis ; litige que les parties n'arrivaient pas à régler d'elles-mêmes. Cependant, assimiler effet utile du recours et règlement du litige aboutirait à une définition trop large de la notion d'effet utile dès lors que toute décision rendue par le juge aboutissant à une solution entrerait dans le champ de cette notion.

Un objectif d'apaisement des relations conflictuelles entre les parties - De façon plus précise, une décision rendue par le juge peut être considérée comme dotée d'un effet utile, si elle permet de mettre un terme au litige, en le vidant entièrement des éléments de désaccord existant entre le demandeur et le défendeur de façon à éviter la naissance de futurs contentieux entre ces mêmes parties. L'idée est ainsi d'apaiser le conflit présent et d'anticiper de futurs litiges entre les parties, notamment concernant l'exécution de la décision juridictionnelle rendue. Pour cela, le juge se doit d'être attentif aux attentes formulées par les parties dans leurs conclusions, notamment aux conclusions à fin d'injonctions, qui permettent souvent

¹⁹² P. RICOEUR, *Le juste 1*, éd. Esprit, 1995, p.188 et s (cité par F. SICHLER-GHESTIN, « le rôle social du juge administratif », in J-F. LAFAIX (dir.), *op. cit.*).

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ J-H. STAHL, X. DOMINO, « Injonctions : le juge administratif face aux réalités », *AJDA* 2011, p.2226

d'identifier ce que cherche à tirer le requérant. A cet égard, en invitant ce dernier à indiquer précisément ce qu'il attend de son recours, la jurisprudence *Société Eden*¹⁹⁵ permet de garantir la pérennité de la résolution définitive du litige et donc de prévenir tout risque contentieux entre les parties. En effet, il résulte de cette jurisprudence que le juge est désormais contraint, lorsque le requérant procède à une hiérarchisation de ses prétentions, de retenir en priorité le ou les moyens lui permettant de prononcer une injonction susceptible de vider définitivement le litige de sa substance contentieuse « *soit en réglant le litige conformément à la demande du requérant, soit en confortant la résolution définitive du litige par le prononcé d'une injonction* »¹⁹⁶.

Effet utile et décision de rejet - En outre, il convient de préciser qu'une décision, même de rejet, peut être dotée d'un effet utile. Parfois, une telle décision permet au requérant de comprendre la décision de l'Administration et de renoncer à la poursuite de sa démarche contentieuse, par exemple en s'abstenant de faire appel du jugement rendu. Une telle décision de rejet peut également intervenir suite à une régularisation en cours de procédure ce qui peut être le cas si l'Administration retire, abroge ou modifie son acte avant que le juge ne se prononce, ce qui conduit généralement à un non-lieu. Également, en contentieux de l'urbanisme, le juge, saisi d'un litige contre une autorisation d'urbanisme, dispose, en vertu de l'article L.600-5-1 du code de l'urbanisme¹⁹⁷ de la possibilité de sursoir à statuer, afin de permettre à l'Administration, dans un délai déterminé, de régulariser l'acte litigieux. Si au cours de ce délai, une mesure de régularisation a été notifiée et si cela a permis de purger l'autorisation du vice identifié par le juge, ce dernier pourra conclure au rejet de la requête tendant à l'annulation de cet acte. Dans ces cas de régularisation, l'illégalité contestée par le requérant disparaît, ce qui conduit à priver le litige de son objet. Le contentieux entre les parties se trouve également vidé.

¹⁹⁵ CE, 21 déc. 2018, n° 409678, *Société Eden*

¹⁹⁶ R. RENEAU, « La prévention par la résolution définitive du litige », *JCP Admin.*, n°17, 26 avril 2021, p. 2138

¹⁹⁷ Art. L. 600-5-1 du code de l'urbanisme, issu de la loi n°2018-1021 du 23 novembre 2018, dite loi « ELAN » : « *Sans préjudice de la mise en œuvre de l'article L. 600-5, le juge administratif qui, saisi de conclusions dirigées contre un permis de construire, de démolir ou d'aménager ou contre une décision de non-opposition à déclaration préalable estime, après avoir constaté que les autres moyens ne sont pas fondés, qu'un vice entraînant l'illégalité de cet acte est susceptible d'être régularisé, sursoit à statuer, après avoir invité les parties à présenter leurs observations, jusqu'à l'expiration du délai qu'il fixe pour cette régularisation, même après l'achèvement des travaux. Si une mesure de régularisation est notifiée dans ce délai au juge, celui-ci statue après avoir invité les parties à présenter leurs observations. Le refus par le juge de faire droit à une demande de sursis à statuer est motivé.* »

Effet utile et accord amiable - Le litige peut également se trouver résolu par la conclusion d'un accord amiable entre les parties. Cet accord peut avoir été trouvé à leur propre initiative, par la mise en place d'une médiation, par la conclusion d'un protocole transactionnel, *etc.* Le juge administratif peut également, en vertu de l'article L.213-7 du code de justice administrative¹⁹⁸ être à l'initiative de cette médiation. Si les parties parviennent à un accord, le juge pourra soit rendre une ordonnance de désistement¹⁹⁹ soit de non-lieu à statuer²⁰⁰. Dans un tel cas de figure, notamment lorsque le juge est à l'initiative de la médiation, son intervention peut être considérée comme ayant eu un effet utile dès lors que le résultat est la résolution complète du litige. Cependant, il semble délicat de placer sous la notion d'effet utile au sens de la jurisprudence *Association des Américains accidentels* la médiation dès lors que l'issue du litige n'intervient pas véritablement du fait d'une décision du juge.

Les décisions rendues par le juge de l'excès de pouvoir prononçant l'annulation d'un acte administratif sont dotées de l'autorité absolue de la chose jugée²⁰¹ *erga omnes*, c'est-à-dire « à l'égard de tous »²⁰², ce qui fait par principe obstacle à un nouvel examen de la légalité de l'acte annulé, y compris si celui-ci est sollicité par un autre requérant. Ainsi, le juge administratif est parfois tenu, lorsqu'il rend une décision, de tenir compte d'intérêts dépassant ceux des parties. Ainsi, la notion d'effet utile peut être appréciée sous un angle d'analyse plus général qu'est celui du système juridique²⁰³.

B) L'effet utile des décisions de justice dépassant le strict point de vue des parties

Nécessité pour le juge d'établir un équilibre entre des intérêts divergents - Si, autrefois, le recours pour excès de pouvoir était vu comme un recours essentiellement objectif, le souci grandissant accordé aux droits fondamentaux des justiciables a conduit à faire évoluer le recours²⁰⁴ de façon à amener le juge de l'excès de pouvoir à s'interroger sur la question de l'équilibre qu'il souhaite établir entre intérêts du requérant, intérêts de l'Administration, et

¹⁹⁸ Article L. 213-7 du code de justice administrative, issu de la loi du n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle : « *Lorsqu'un tribunal administratif ou une cour administrative d'appel est saisi d'un litige, le président de la formation de jugement peut, après avoir obtenu l'accord des parties, ordonner une médiation pour tenter de parvenir à un accord entre celles-ci* ».

¹⁹⁹ Sur le fondement de l'article R.222-1 1° du code de justice administrative

²⁰⁰ Sur le fondement de l'article R.222-1 3° du code de justice administrative

²⁰¹ CE, 22 mars 1961, *Simonet*, Rec.211

²⁰² C. BROUELLE, *op. cit.*, p. 352

²⁰³ B. DEFOORT, *art. cit.*

²⁰⁴ Y. FAURE, C. MALVERTI, « Le juge de l'excès de pouvoir au service du justiciable », *AJDA* 2019, p. 271

d'autres impératifs tels que la bonne administration, la sécurité juridique, l'intérêt des tiers, *etc.*

Sécurité juridique et intérêt des tiers - Les décisions rendues par le juge de l'excès de pouvoir peuvent parfois avoir des effets qui dépassent le seul cadre du litige et impactent des tiers. C'est notamment le cas dans les « *contentieux triangulaires* »²⁰⁵, c'est-à-dire « *qui font intervenir un autre protagoniste que ceux présents dans la relation binaire classique des recours contentieux administratifs, opposant l'administration et la personne concernée* »²⁰⁶. C'est notamment le cas lors des contentieux en matière de droit de l'urbanisme relatifs à une autorisation d'urbanisme. De tels litiges opposent le requérant, l'Administration qui a délivré l'autorisation litigieuse et le pétitionnaire. C'est également le cas du contentieux des recrutements ou de l'avancement en matière de droit de la fonction publique, *etc.* En outre, l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir d'un acte administratif a pour effet la disparition rétroactive de cet acte et peut avoir pour conséquence de laisser place à un vide juridique. Dès lors, dans un souci de sécurité juridique, il est parfois nécessaire que le juge module les effets de ses décisions. Dès lors, afin d'éviter de porter des atteintes trop importantes aux droits des tiers ou à l'ordonnement juridique, le juge administratif a développé diverses techniques telles que les annulations partielles, les injonctions conditionnées, la modulation des effets dans le temps de ses décisions, *etc.* En agissant de la sorte, le juge permet de maintenir un équilibre entre divers intérêts divergents et, dès lors, de maintenir une certaine paix sociale. L'atteinte d'une telle finalité ne peut-elle pas aussi être regardée comme conférant un effet utile à l'intervention du juge de l'excès de pouvoir ?

Jurisprudence *Association des Américains accidentels* et sécurité juridique - La solution posée par la jurisprudence *Association des Américains accidentels* poursuit également cette finalité, dès lors qu'en produisant uniquement des effets pour le futur (lorsque le juge enjoint à l'Administration d'abroger l'acte administratif litigieux), elle permet de ne pas remettre en cause des conséquences passées de l'acte. Elle est ainsi moins perturbatrice de la sécurité juridique²⁰⁷. Pour Alexandre Lallet, ce perfectionnement de l'office du juge est la manifestation d'une « *poussée de fièvre de sécurité juridique qui se serait emparée du juge* »

²⁰⁵ Cette expression est due au président Labetoulle (Voir : D. LABETOULLE, « Questions pour le droit administratif », *AJDA* 1995, numéro spécial, p. 11)

²⁰⁶ R. NOGUELLOU, « Les contentieux triangulaires », *AJDA* 2019, p.2577

²⁰⁷ B. DEFOORT, *art. cit.*

administratif ». « Cela permet d'apporter une réponse juridictionnelle proportionnée aux besoins de la cause et de satisfaire la demande de justice sans alimenter l'esprit de chicane ou de vengeance, dont on sait qu'il ne fait pas bon ménage avec l'efficacité de l'action administrative et la préservation des droits des tiers »²⁰⁸.

Outre le fait de désigner l'objectif pour le juge de l'excès de pouvoir de régler le litige le plus définitivement et durablement possible, en tenant compte, le cas échéant, d'intérêts tiers, la notion d'effet utile est utilisée par le juge de l'excès de pouvoir dans l'arrêt *Association des Américains accidentels* pour légitimer la modification qu'il opère des contours de son office.

Section 2 - La redéfinition de l'office du juge de l'excès de pouvoir par la vertu émancipatrice de l'effet utile

Plusieurs commentateurs voient dans l'arrêt *Association des Américains accidentels* une illustration du pouvoir du juge administratif de déterminer son propre office²⁰⁹. Dans cet arrêt, mais également dans l'arrêt *Stassen*²¹⁰, sous couvert d'assurer l'effet utile de ses décisions, le juge de l'excès de pouvoir a redéfini son office en déplaçant son axe de contrôle de la légalité de l'acte administratif qui lui est soumis et en s'octroyant la possibilité de prononcer des abrogations (§1). La légitimité du recours à la notion d'effet utile pour justifier une redéfinition prétorienne de l'office du juge de l'excès de pouvoir fait toutefois l'objet de quelques critiques (§2).

§ 1 - La redéfinition de l'office du juge de l'excès de pouvoir par l'utilisation d'un facteur temporel

Dans l'arrêt *Association des Américains accidentels* et dans les arrêts reprenant postérieurement le même considérant de principe, la recherche d'effet utile permet au Conseil d'État de justifier la remise en cause du principe selon lequel le juge de l'excès de pouvoir statue en se plaçant au jour de l'édition de l'acte litigieux (A). Même si cela peut être nuancé,

²⁰⁸ A. LALLET, *art. cit.*, (ccl. sur CE, 19 juillet 2019, n^{os} 424216, 424217, *Association des Américains accidentels*)

²⁰⁹ B. DEFOORT, *art. cit.*

²¹⁰ CE, 28 fév. 2020, n^o433886, *M. Stassen*

cet objectif a également permis au juge, de l'excès de pouvoir, dans l'arrêt *Stassen*²¹¹, de s'arroger un pouvoir d'abrogation (B).

A) La notion d'effet utile : fondement d'une exception au principe selon lequel le juge du REP statue au regard des circonstances de droit et de fait existantes au jour de l'édiction de l'acte litigieux

Entorse au principe d'appréciation de la légalité par le juge du REP à la date de l'acte attaqué - Dans l'arrêt *Association des Américains accidentels*, le juge de l'excès de pouvoir se place pour statuer sur la légalité de la décision de refus d'abroger un acte réglementaire qui lui est soumise non pas à la date de naissance de la décision de refus, comme il le fait traditionnellement en excès de pouvoir, mais à la date où il statue. En agissant de la sorte, il se place en contrariété avec un principe affirmé de longue date, considéré comme une caractéristique essentielle du recours pour excès de pouvoir²¹². En effet, le principe d'appréciation de la légalité par le juge de l'excès de pouvoir à la date de l'acte attaqué est appliqué depuis longtemps²¹³, sans qu'il soit véritablement possible de lui attribuer une date de naissance précise²¹⁴ et n'a jamais réellement été remis en cause jusqu'à l'arrêt *Association des Américains accidentels*²¹⁵. Pour René Chapus, ce principe est « *consubstantiel à la nature du REP* »²¹⁶, il découle logiquement du fait que le recours pour excès de pouvoir est avant tout un « *procès fait à un acte* ». En effet, à l'origine, le recours pour excès de pouvoir avait pour objectif de soumettre l'Administration au respect de la légalité et consistait, en cas de litige, à s'assurer que cette dernière avait agi, au moment de prendre une décision, dans le respect de

²¹¹ CE, 28 fév. 2020, n°433886, *M. Stassen*

²¹² B. DEFOORT, *art. cit.*

²¹³ Ce principe est explicitement affirmé dans l'arrêt CE, 30 juillet 2003, n°237201, *Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs*, mais avait été implicitement posé bien avant par le Conseil d'Etat, par exemple dans l'arrêt *Société des automobiles Berliet* (CE, 22 juillet 1949, n°85737)

²¹⁴ C. MALVERTI, C. BEAUFILS, *art. cit.*

²¹⁵ Il est déjà arrivé antérieurement à l'arrêt *Association des Américains accidentels* que le juge du REP tienne compte de l'évolution des circonstances entre la date d'édiction de la décision litigieuse et le jour où il statue, mais sans jamais remettre véritablement en cause le principe de l'appréciation de la légalité au jour d'édiction de la décision soumise à son contrôle. Par exemple, le juge s'est parfois appuyé sur des circonstances intervenues postérieurement à l'acte attaqué pour apprécier les circonstances d'édiction de l'acte (par ex. CE, ass, 13 juillet 1962, n°51481, *Bréart de Boisanger*: pour parvenir à établir un détournement de pouvoir) ou pour tenir compte d'éléments juridiques intervenus postérieurement comme l'intervention d'une décision du juge pénal, notamment dans les contentieux en matière de droit de la fonction publique, *etc.* En outre, dans l'arrêt *Fédération française de gymnastique* (CE, 10 oct. 2013, n°359219, *Fédération française de gymnastique*), le juge de l'excès de pouvoir avait pris en compte de l'évolution des circonstances de droit et de fait opérée entre l'édiction de l'acte litigieux et la date du refus d'abrogation opposé au requérant par l'Administration, sans pour autant déplacer son point de contrôle de la décision de refus qui lui est soumise.

²¹⁶ R. CHAPUS, *op. cit.*, § 249, p. 226

cette légalité. Dès lors, il allait de soi que le juge contrôle la légalité de la décision au regard des règles de droit existantes au jour où l'Administration a édicté l'acte litigieux. Cette particularité de l'office du juge du REP est d'ailleurs un critère de distinction important avec celle du juge de plein contentieux, dès lors que dans ce second cas, le juge est tenu d'apprécier la légalité de la décision qui lui est soumise au jour où il statue²¹⁷.

Un raisonnement en trois étapes - Pour justifier une telle entorse à ce principe relatif à l'office du juge de l'excès de pouvoir, le Conseil d'État va opérer un raisonnement en trois étapes qu'il prend soin de détailler.

La détermination de l'effet utile de l'annulation susceptible d'être prononcée - Dans un premier temps, le Conseil d'État expose son objectif : celui d'assurer l'effet utile de l'arrêt qu'il s'apprête à rendre. Il poursuit son raisonnement en détaillant que, dans le cas d'espèce, l'effet utile de l'annulation pour excès de pouvoir réside – dans l'hypothèse où il conclurait à l'illégalité de l'acte – dans la mise en œuvre de son pouvoir d'injonction afin qu'il soit ordonné à l'Administration de procéder à l'abrogation de l'acte administratif litigieux. Dans des arrêts rendus postérieurement, l'effet utile de l'annulation susceptible d'être prononcée réside dans d'autres types de mesure d'injonction. Par exemple, dans l'arrêt *Mme X*²¹⁸, l'annulation par le juge du refus opposé par la CNIL de mettre en demeure Google de procéder au déréférencement de lien vers des pages web revêt un effet utile si, et seulement si, cette annulation est accompagnée d'une injonction faite à la CNIL de « *procéder à une telle mise en demeure afin que disparaissent de la liste de résultats affichée à la suite d'une recherche les liens en cause* »²¹⁹. Dans l'arrêt *Association autisme espoir vers l'école*²²⁰, pour revêtir un effet utile, « *l'annulation pour excès de pouvoir du refus opposé par la Haute Autorité de santé à une demande tendant à l'abrogation ou à la modification de l'une de ses recommandations de bonne pratique [doit être assortie d'une injonction faite à l'Administration] de l'abroger, d'engager les travaux nécessaires à son actualisation ou de prendre les mesures utiles pour entourer sa publication des avertissements appropriés* »²²¹.

²¹⁷ Par ex. CE, Sect, 8 janv. 1982, n°24948, *Aldena Berrena*

²¹⁸ CE, 6 déc. 2019, n° 391000, *Mme X*,

²¹⁹ CE, 6 déc. 2019, n° 391000, *Mme X*

²²⁰ CE, 23 déc. 2020, *Association autisme espoir vers l'école*, n°428284

²²¹ CE, 23 déc. 2020, n°428284, *Association autisme espoir vers l'école*

Extension a contrario de la jurisprudence Fédération Française de Gymnastique - Une fois la consistance de l'effet utile de la décision d'annulation susceptible d'être prononcée définie, le Conseil d'État précise que « dans l'hypothèse où un changement de circonstances a fait cesser l'illégalité de l'acte réglementaire litigieux à la date à laquelle il statue, le juge de l'excès de pouvoir ne saurait annuler le refus de l'abroger. A l'inverse, si, à la date à laquelle il statue, l'acte réglementaire est devenu illégal en raison d'un changement de circonstances, il appartient au juge d'annuler ce refus d'abroger pour contraindre l'autorité compétente de procéder à son abrogation »²²². Cette partie du considérant de principe reprend en substance et complète l'arrêt de 2013 *Fédération française de Gymnastique*²²³ dans lequel le Conseil d'État avait admis, dans le cadre du contentieux du refus d'abrogation, que si l'acte réglementaire à l'origine du litige était illégal à la date du refus d'abrogation, mais que ce dernier est devenu légal postérieurement, le juge est tenu d'apprécier le bien-fondé des moyens du requérant en tenant compte de la modification de l'état de droit intervenue après l'introduction de la requête²²⁴. En effet, dans l'arrêt *Association des Américains accidentels*, le Conseil d'État admet le cas inverse, c'est-à-dire celui dans lequel l'acte réglementaire était légal au jour du refus d'abroger et est devenu illégal postérieurement.

Déplacement de son point de contrôle de la légalité de la décision de refus - Enfin, dans un second considérant, le Conseil d'État déduit de son raisonnement que, pour atteindre l'objectif recherché, il se doit de se placer, pour analyser la légalité de la décision de refus qui lui est soumise, à la date à laquelle il statue²²⁵. Ainsi, en ayant pour point de départ l'objectif d'assurer l'effet utile de son intervention, il aboutit à une véritable redéfinition de son office de juge de l'excès de pouvoir et touche à une caractéristique essentielle du recours pour excès de pouvoir.

²²² CE, 19 juillet 2019, n° 424216, *Association des américains accidentels*, consid. 5.

²²³ CE, 10 oct. 2013, n°359219, *Fédération française de gymnastique*, consid. 1 : « Considérant que l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenue d'y déférer, soit que ce règlement ait été illégal dès la date de sa signature, soit que l'illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date ; que, toutefois, cette autorité ne saurait être tenue d'accueillir une telle demande dans le cas où l'illégalité du règlement a cessé, en raison d'un changement de circonstances, à la date à laquelle elle se prononce. »

²²⁴ O. HENRARD, ccl. sur CE, 10 fév. 2017, n°392245, *M. Girard*,

²²⁵ CE, 19 juillet 2019, n° 424216, *Association des américains accidentels*, consid. 6 : « Il résulte du point 5 que lorsqu'il est saisi de conclusions aux fins d'annulation du refus d'abroger un acte réglementaire, le juge de l'excès de pouvoir est conduit à apprécier la légalité de l'acte réglementaire dont l'abrogation a été demandée au regard des règles applicables à la date de sa décision. »

Le déplacement par le juge de l'excès de pouvoir de la date à laquelle il se place pour apprécier la légalité de la décision qui lui est soumise n'est pas la seule évolution récente de son office qu'il justifie par le recours à la notion d'effet utile. En effet, dans l'arrêt *Stassen*²²⁶, il semblerait que cette notion permette au juge de l'excès de pouvoir de s'arroger un pouvoir d'abrogation.

B) La notion d'effet utile : fondement d'un pouvoir d'abrogation du juge de l'excès de pouvoir ?

L'octroi au juge du REP d'un pouvoir d'abrogation - Dans l'arrêt *Stassen*²²⁷, relatif à une mesure de suspension, prise à titre conservatoire à l'encontre d'un sportif suite à un test antidopage, le Conseil d'État opère dans un premier temps, un contrôle de la légalité de la décision de suspension au jour où elle a été prise, mais affirme que dans un second temps, si la mesure est jugée légale, et « *eu égard à l'effet utile d'un tel recours, il appartient en outre au juge de l'excès de pouvoir, saisi de conclusions en ce sens, d'apprécier la légalité de la décision à la date où il statue et, s'il juge qu'elle est devenue illégale, d'en prononcer l'abrogation* »²²⁸. Avec cette formulation, outre une remise en cause du principe selon lequel le juge de l'excès de pouvoir analyse la légalité d'un acte administratif au jour de son édicton, dans la lignée de la jurisprudence *Association des Américains accidentels*, cet arrêt ébranle une seconde propriété du recours pour excès de pouvoir : celle selon laquelle, en cas d'illégalité de l'acte, le juge procède à son annulation rétroactive²²⁹. En effet, le juge de l'excès de pouvoir semble s'octroyer, là encore au nom de l'effet utile du recours pour excès de pouvoir, à l'instar du juge de plein contentieux²³⁰, un pouvoir d'abrogation²³¹.

Une solution guidée par la recherche d'un effet utile - Là encore cette solution est tout à fait logique. Effectivement, si le juge constate dans un premier temps que la mesure de suspension, au jour de son édicton, était légale, il serait incohérent de prononcer une annulation rétroactive de la mesure dans l'hypothèse où elle serait devenue illégale au jour où

²²⁶ CE, 28 fév. 2020, n°433886, *M. Stassen*

²²⁷ CE, 28 fév. 2020, n°433886, *M. Stassen*

²²⁸ CE, 28 fév. 2020, n°433886, *M. Stassen*

²²⁹ H. BOUILLON, *art. cit.*

²³⁰ Par ex. CE, 21 janv. 2002, n°234227, *Schweppes*

²³¹ Pour Guillaume Ondinet, la principale innovation de l'arrêt *Stassen* est la reconnaissance au juge de l'excès de pouvoir de la faculté de prononcer lui-même l'abrogation de la décision qu'il estime devenue illégale (voir : G. ONDINET, « Le juge de l'excès de pouvoir peut abroger la suspension d'un sportif si elle est devenue illégale à la date où il statue », *DA*, n°10, octobre 2020, comm. 43)

le juge se prononce. Une telle annulation « *aurait pour effet de faire disparaître l'acte dès l'origine, alors même qu'à l'origine, l'acte était légal* »²³². Ce n'est que dans l'hypothèse où la mesure de suspension est maintenue en vigueur sur une durée jugée disproportionnée, que le juge, opérant dans un second temps un contrôle de la légalité de la mesure au jour où il statue, pourra prononcer une abrogation de l'acte, et donc sa disparition pour l'avenir. Au terme de cette seconde étape du contrôle de la légalité de la mesure de suspension, prononcer une annulation ne serait d'aucune utilité, dès lors que si le juge conclut que seul le maintien en vigueur de la suspension est illégal, la seule conséquence possible et attendue est qu'il soit mis fin immédiatement à la mesure de suspension. Ce n'est toutefois pas la première fois que le juge de l'excès de pouvoir neutralise de cette manière l'effet rétroactif d'une annulation.

Pouvoir de neutralisation de l'effet rétroactif de l'annulation - Le juge de l'excès de pouvoir avait déjà, depuis le depuis des années 2000, opéré un rapprochement de son office avec celui du plein contentieux en prononçant des mesures qui produisent des effets semblables à des abrogations. En effet, en se permettant de moduler dans le temps les effets de ses décisions²³³, le juge de l'excès de pouvoir est désormais en mesure de neutraliser en tout ou partie l'effet rétroactif d'une annulation²³⁴. Cependant, avec l'arrêt *Stassen*, « *un pas supplémentaire a été franchi* »²³⁵, dès lors que le juge affirme expressément, son pouvoir de prononcer une abrogation.

Pour certains auteurs l'arrêt *Stassen* n'a pas véritablement pour effet d'octroyer au juge de l'excès de pouvoir un pouvoir d'abrogation - En effet, dans cet arrêt, l'absence de retrait par l'autorité administrative de la mesure de suspension au jour où le juge se prononce est en quelque sorte assimilée, dès lors que le requérant formule devant le juge une demande en ce sens, à une décision implicite de rejet de la part de l'Administration. Comme le fait remarquer Bruno Genevois²³⁶, lorsque le requérant présente, au cours de l'instruction de nouvelles conclusions aux fins d'abrogation de la mesure de suspension, de telles conclusions sont transmises à l'Administration en vertu du principe du contradictoire. Or, si l'Administration refuse d'opérer cette abrogation et que la procédure se poursuit, il est possible de considérer

²³² H. BOUILLON, *art. cit.*

²³³ CE, Ass., 11 mai 2004, n°255886, *Association A.C. ! et a.*

²³⁴ P -Y SAGNIER « Les recours de pleine juridiction », *Lamyline*, étude 14 Les recours de pleine juridiction, Partie 4 Les principaux recours contentieux, § 461 et s.

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ B. GENEVOIS, *art. cit.*

que le juge se trouve dès lors saisi d'un refus implicite d'abroger l'acte litigieux²³⁷. Une telle assimilation permet dès lors au juge administratif d'appliquer, dans ce cas d'espèce, une solution similaire à celle retenue dans le contentieux du refus. Ainsi, le juge ne prononcerait pas véritablement une abrogation, mais plutôt une annulation de la décision de refus de l'Administration de procéder à l'abrogation de la mesure sollicitée par le requérant, le cas échéant accompagnée d'une injonction d'abroger la mesure.

Un arrêt resté isolé à ce jour - Il est difficile de se prononcer en faveur d'une interprétation ou une autre de l'arrêt *Stassen*, dès lors que dans le cas d'espèce, le juge conclut au rejet de la requête de M. Stassen et que cette solution n'a connu aucune application positive à ce jour.

Si la notion d'effet utile permet au juge de l'excès de pouvoir de justifier le déplacement de son axe de contrôle de la légalité d'un acte administratif et potentiellement de prononcer des abrogations, la légitimité de cette extension prétorienne de son office est critiquée par certains auteurs.

§ 2 - La redéfinition de l'office du juge de l'excès de pouvoir critiquée par les faiblesses de la notion d'effet utile

Plusieurs auteurs font remarquer que la notion d'effet utile est utilisée par le Conseil d'État dans l'arrêt *Association des Américains accidentels* comme un argument performatif²³⁸ (A). D'autres dénoncent la relativité de cette solution²³⁹ (B).

A) Le caractère performatif de la notion d'effet utile par son affirmation explicite

Définition du terme « argument performatif » - La notion de discours performatif a été conceptualisée par le juriste et philosophe britannique John Austin. Au travers son ouvrage intitulé *Quand dire c'est faire*, il démontre que la parole n'est pas toujours la description, qu'elle soit vraie ou fautive, d'un état de fait. Il arrive que la parole soit une action en elle-même. Certaines phrases ont la capacité d'accomplir elles-mêmes l'acte qu'elles désignent. C'est ce qu'il appelle le discours performatif. Pour l'ensemble des exemples d'expressions

²³⁷ B. GENEVOIS, *art. cit.*

²³⁸ H. BOUILLON, *art. cit.* ; C. FRIEDRICH, « Le recours pour excès de pouvoir passé à travers le tamis de l'effet utile », *Lexis360 Actualités*, 11 mars 2020 (comm. sur CE, 28 fév. 2020, n°433886, *M. Stassen*)

²³⁹ B. DEFOORT, *art. cit.*

performatives, comme l'explique John Austin, « *il semble clair qu'énoncer la phrase (dans les circonstances appropriées, évidemment), ce n'est ni décrire ce qu'il faut bien reconnaître que je suis en train de faire en parlant ainsi, ni affirmer que je le fais : c'est le faire. Aucune des énonciations n'est vraie ou fausse : j'affirme la chose comme allant de soi et ne la discute pas* »²⁴⁰. Ainsi, un argument, un énoncé, une parole, est performatif s'il confère un pouvoir à quelque chose ou quelqu'un à compter du moment où il est prononcé.

La notion d'effet utile : un argument performatif ? - Dans l'arrêt *Association des Américains accidentels*, juge va énoncer qu'il cherche à donner à sa décision un effet utile pour s'octroyer le pouvoir, à partir de cette énonciation, de redessiner les contours de son office et se placer à une autre date pour contrôler la légalité de la décision qui lui est soumise. Le caractère performatif de la notion rend difficile la remise en cause de la légitimité du juge à redéfinir son office de façon à s'adapter au cas d'espèce. D'autant plus que l'argument de l'effet utile est totalement légitime. Il serait incohérent qu'un juge cherche à rendre des décisions dépourvues d'utilité. En outre, cet objectif d'assurer l'effet utile des décisions de justice correspond à l'objectif assigné au juge administratif par le législateur en lui confiant un pouvoir d'injonction par la loi de 8 février 1995, puis un pouvoir d'injonction d'office par la loi du 23 mars 2019. Dès lors, si le seul moyen de faire produire à sa décision un effet utile est de s'écarter du principe selon lequel le juge de l'excès de pouvoir statue au regard des circonstances de droit et de fait existantes au jour de l'édition de l'acte litigieux, il peut le faire. Il semblerait même qu'il doive le faire tant l'objectif d'effet utile semble être considéré par le juge administratif comme un « *impératif supérieur* »²⁴¹ auquel il doit se soumettre.

L'effet utile : un impératif supérieur auquel doit se soumettre le juge - A la lecture de l'arrêt *Association des Américains accidentels*, la notion d'effet utile est présentée par le juge comme un impératif à atteindre, au même titre que d'autres principes fondamentaux qui s'appliquent à lui tels que la sécurité juridique, la prévisibilité de ses décisions, la bonne administration de la justice, *etc.* De tels impératifs supérieurs, qui sont présentés par le juge lui-même comme s'imposant à lui, ont dans certains cas la conséquence de l'obliger à agir de telle ou telle manière. Par exemple, l'impératif de sécurité juridique implique, selon le Conseil d'État, que « *ne puissent être remises en cause sans condition de délai des situations*

²⁴⁰ J. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, Éd. Seuil, Paris, 1970, p. 37 à 45

²⁴¹ B. DEFOORT, *art. cit.*

consolidées par l'effet du temps »²⁴². Cela justifie qu'il impose désormais au requérant de former son recours contre un acte administratif non notifié ou ne comportant pas les voies et délais de recours dans un délai raisonnable d'un an à compter de la date où il est établi qu'il en a eu connaissance, afin d'éviter que l'exercice d'un recours au-delà d'un tel délai « *ne mette en péril la stabilité des situations juridiques et la bonne administration de la justice en exposant les défendeurs potentiels à des recours excessivement tardifs* »²⁴³. De la même manière l'impératif d'effet utile des décisions de justice implique que le juge de l'excès de pouvoir s'écarte de certains principes qui caractérisent son office, en l'occurrence celui selon lequel le juge de l'excès de pouvoir statue au regard des circonstances de droit et de fait existantes au jour de l'édition de la décision qui lui est soumise.

Outre le fait que le juge se soit lui-même imposé la finalité d'assurer l'effet utile de ses décisions, cet objectif revêt l'inconvénient d'être un critère subjectif, qui diffère selon le point de vue du requérant, de l'Administration, des tiers, de l'intérêt général, de la société, *etc.*

B) Le caractère imparfait de la notion d'effet utile imputable à la relativité de sa portée

La relativité de la notion d'utilité - Benjamin Defoort fait remarquer qu'« *en faisant de l'utilité le critère ultime de l'opportunité d'une intervention juridictionnelle et de sa mesure, le Conseil d'État recourt, consciemment ou non, à un critère, si ce n'est subjectif, du moins relatif* »²⁴⁴. Il est vrai que selon le point de vue adopté – celui de l'Administration, celui du requérant, celui des tiers, celui de l'intérêt général – l'effet utile d'une décision rendue par le juge varie. En effet, le requérant souhaite obtenir la délivrance de l'acte sollicité ou le retrait d'une décision administrative, l'Administration souhaite que sa décision soit validée par le juge, le juge souhaite vider le plus complètement possible le litige et le tiers peut souhaiter que la décision rendue par le juge n'impacte pas ses intérêts. Au vu de ces intérêts divergents, la question qui se pose est celle de savoir à qui l'effet utile de la décision rendue par le juge doit bénéficier. La réponse à cette interrogation dépend nécessairement du contexte du litige et des conséquences que souhaite faire produire le juge à son jugement ou arrêt ainsi que de l'angle sous lequel l'effet utile de la décision est apprécié.

²⁴² CE, 13 juillet 2016, n°387763, M. Czabaj

²⁴³ CE, 13 juillet 2016, n°387763, M. Czabaj

²⁴⁴ B. DEFOORT, *art. cit.*

L'effet utile d'une décision du point de vue des parties au litige - En se limitant à apprécier l'effet utile de la décision rendue par le juge à l'aune des parties, il apparaît que, souvent, le juge est amené à réaliser un arbitrage entre satisfaire le requérant, dont la préservation des droits et libertés fondamentaux est aujourd'hui une préoccupation majeure, ou valider la décision de l'Administration, qui est réputée agir dans l'intérêt général, afin notamment d'éviter d'entraver son action. En s'appuyant sur le considérant de principe posé dans l'arrêt *Association des Américains accidentels*, il convient de constater que le Conseil d'État, en opérant un décalage de la date de contrôle de la légalité de la décision qui lui est soumise ne penche pas forcément vers une solution plus ou moins favorable à de l'une ou l'autre des parties. Pour un certain nombre d'auteurs, cette solution est plutôt favorable au requérant dès lors qu'elle permet à ce dernier, en écartant la règle selon laquelle le juge de l'excès de pouvoir se prononce au regard des circonstances de droit et de faits existantes à la date de la décision, de tirer profit d'un éventuel changement de circonstances en sa faveur opérant entre la décision de refus d'abroger opposée par l'Administration et le jour où le juge se prononce²⁴⁵. Cependant, cela est à nuancer, d'une part car le Conseil d'État écarte cette solution dès lors que le changement de circonstances invoqué touche à la compétence de l'auteur de l'acte initial²⁴⁶, et d'autre part, car les changements de circonstances peuvent très bien être favorables à l'Administration lorsque ceux-ci ont pour conséquence de rendre l'acte légal. Dans ce cas, le juge rejettera le recours présenté devant lui par le requérant alors même que l'acte litigieux a été entaché, à un moment donné d'illégalité, et qu'en toute rigueur, l'Administration aurait dû l'abroger ou du moins cesser de l'appliquer²⁴⁷.

Il résulte ainsi de l'approche finaliste de la notion d'effet utile telle qu'utilisée par le juge de l'excès de pouvoir que cette dernière constitue un objectif que le juge administratif assigne à son intervention. Ce dernier cherche avant tout à éviter de prononcer des annulations platoniques et aspire à résoudre le litige le plus entièrement possible en mettant fin au contentieux existant entre les parties, tout en cherchant à éviter que sa décision affecte de façon trop importante d'autres intérêts au titre desquels figurent l'intérêt général, le bon

²⁴⁵ Voir en ce sens : S. MONNIER, *art. cit.* ; ou encore : H. BOUILLON, *art. cit.*

²⁴⁶ CE, 19 juillet 2019, n°424216, *Association des Américains accidentels*, cons. 7 : « S'agissant des règles relatives à la détermination de l'autorité compétente pour édicter un acte réglementaire, leur changement ne saurait avoir pour effet de rendre illégal un acte qui avait été pris par une autorité qui avait compétence pour ce faire à la date de son édicton. Un tel changement a, en revanche, pour effet de faire cesser l'illégalité dont était entaché un règlement édicté par une autorité incompétente dans le cas où ce changement a conduit, à la date à laquelle le juge statue, à investir cette autorité de la compétence pour ce faire »

²⁴⁷ Art. L. 243-2 du CREPA

fonctionnement de l'Administration, l'intérêt des tiers, *etc.* Cet objectif, déterminé par le juge de l'excès de pouvoir lui-même, a également pour fonction de justifier des évolutions prétorienne de l'office du juge de l'excès de pouvoir. Ce second rôle, bien que critiquable dans une certaine mesure, s'illustre tout particulièrement dans l'arrêt *Association des Américains accidentels* ou dans l'arrêt *Stassen*.

A l'issue de cette première partie, il est ainsi possible de proposer l'idée selon laquelle la notion d'effet utile est utilisée par le juge de l'excès de pouvoir dans un sens qui lui est propre, sens visant pour lui à désigner sa volonté d'apporter à son intervention une véritable plus-value en termes de résolution du conflit qui lui est soumis, et non à limiter son rôle à celui de garant de la légalité objective. Sous couvert de cet objectif, le juge de l'excès de pouvoir justifie des adaptations prétorienne de son office.

Dans ce cadre, un certain nombre d'instruments contentieux à la disposition du juge de l'excès de pouvoir peuvent être désignés comme contribuant à cette démarche visant à faire produire à son intervention un effet utile. Il s'agira donc, dans une démarche plus pratique, d'identifier ces différents outils, de se pencher sur leur mise en œuvre et enfin de s'interroger sur leur implication dans le cadre du recours pour excès de pouvoir tant à l'échelle du juge que celle des parties.

PARTIE 2 - LES IMPLICATIONS PRATIQUES DE L'EFFET UTILE SUR LE CONTENTIEUX DE L'EXCES DE POUVOIR

L'octroi au juge administratif d'un pouvoir d'injonction a véritablement refaçonné le contentieux de l'excès de pouvoir. La « *dynamique* »²⁴⁸ nouvelle engagée par la loi de 1995 pousse désormais le juge à tenir compte des conséquences de ses décisions et à faire en sorte que ces dernières revêtent un effet utile, c'est-à-dire qu'elles permettent de vider efficacement et définitivement le litige qui lui est soumis. Sous l'impulsion du législateur et du Conseil d'Etat, les techniques contentieuses visant à permettre au juge d'atteindre cet objectif se sont multipliées de façon à ce que désormais, le juge administratif ait entre ses mains une véritable palette d'instruments qu'il peut mobiliser pour doter ses décisions d'un effet utile (**Chapitre 1**). Le maniement et la mise en œuvre de ces nouvelles techniques contentieuses ont eu un véritable impact sur le déroulement du procès administratif (**Chapitre 2**).

²⁴⁸ C. CHARLES, « Dix ans après : à quoi a servi la loi du 8 février 1995 ? », *DA* 2005, n°4, étude 7, p.10

CHAPITRE 1 - LE DEVELOPPEMENT D'UNE PALETTE D'INSTRUMENTS A LA DISPOSITION DU JUGE DE L'EXCES DE POUVOIR POUR ASSURER L'EFFET UTILE DE SES DECISIONS

Au cours de la dernière décennie, le législateur et le juge ont œuvré pour doter le juge de l'excès de pouvoir d'outils de plus en plus nombreux afin de lui permettre de rendre des décisions utiles et efficaces. Il ne s'agit pas ici de présenter l'ensemble des outils à la disposition du juge de l'excès de pouvoir pour maîtriser les conséquences de ses décisions, mais uniquement ceux ayant particulièrement joué dans la redéfinition de son office. C'est d'abord le cas du pouvoir d'injonction du juge administratif qui n'a cessé de se renforcer depuis 1995 et du développement des techniques de régularisation, notamment en contentieux de l'urbanisme (**section 1**) puis, plus récemment, l'essor d'une nouvelle approche de la légalité : l'appréciation dynamique (**section 2**).

Remarque préliminaire - Il faut cependant avoir en tête que dans de très nombreux cas, le juge n'a pas besoin de recourir à ces instruments pour procurer un effet utile à sa décision. Une simple annulation peut très bien permettre de satisfaire le requérant et de rétablir la légalité, tandis qu'une décision de rejet peut parfois permettre de faire comprendre au requérant ses torts et mettre définitivement fin au litige qui l'oppose à l'Administration. Ce n'est que lorsque cela ne suffit pas pour donner une réponse appropriée à l'affaire qui lui est soumise que le juge peut avoir recours aux outils mis à sa disposition.

Section 1 - L'amplification du pouvoir d'injonction et des techniques de régularisation au service de l'effet utile des décisions

Plusieurs outils permettant au juge de l'excès de pouvoir de garantir à ses décisions un effet utile se sont développées sous l'impulsion du juge administratif et du législateur. C'est d'abord le cas de l'octroi et du développement par le juge de l'excès de pouvoir de techniques de régularisation (§1). C'est ensuite et surtout le cas de l'approfondissement par la jurisprudence et le législateur du pouvoir d'injonction accordé au juge administratif par la loi du 8 février 1995, loi vue comme un tournant clé dans la prise en compte, par le juge de l'excès de pouvoir, des conséquences de ses décisions (§2).

§ 1 - Le recours croissant du juge de l'excès de pouvoir à des techniques de régularisation

Définition de la régularisation - La régularisation des décisions administratives peut être définie comme « *la confirmation de l'acte par correction de l'irrégularité l'entachant* »²⁴⁹. Il s'agit en quelque sorte d'une réparation de l'acte puisque « *l'instrumentum initial est maintenu – et non remplacé par un nouveau – et l'irrégularité corrigée – et non niée* »²⁵⁰. Autrement dit, la régularisation est une technique visant à « *consolider un acte ou une situation par suppression de l'illégalité qui l'atteint* »²⁵¹. Ainsi, il ressort de ces définitions que la régularisation d'un acte ou d'une décision a pour effet de conserver cet acte dans l'ordonnement juridique (non à le faire disparaître et le remplacer par un autre) par le biais d'une action qui permet de rectifier la source de l'illégalité initiale²⁵² (et non de nier cette illégalité comme c'est le cas des mécanismes jurisprudentiels visant à neutraliser certains vices²⁵³). Certaines techniques de régularisation se sont développées à l'initiative du juge en droit de la commande publique²⁵⁴, en contentieux contractuel de la fonction publique²⁵⁵, ou encore par l'utilisation par le juge des techniques de substitution de motifs ou de base légale²⁵⁶ ou par les techniques d'annulation conditionnelle²⁵⁷. Cependant, c'est dans le domaine particulier du contentieux de l'urbanisme que ces techniques procédurales se sont particulièrement imposées grâce à l'intervention du législateur (A). De telles techniques œuvrent à l'objectif du juge de l'excès de pouvoir d'assurer l'effet utile de ses décisions et sont susceptibles d'être étendues à d'autres domaines (B).

A) L'exemple topique des mécanismes de régularisation en droit de l'urbanisme

L'existence de deux mécanismes de régularisation en droit de l'urbanisme - En droit de l'urbanisme, le législateur est intervenu pour introduire au sein même du code de l'urbanisme

²⁴⁹ E. LANGELIER, A. VIROT-LANDAIS, « Mérites et limites du recours à la régularisation des actes viciés », *JCP Admin.*, 2015, p. 2245

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ W. GREMAUD, *La régularisation en droit administratif*, thèse, Paris-II Panthéon-Assas, nov. 2019, (cité par C. MALVERTI, C. BEAUFILS, « Contentieux de l'urbanisme : parer les morts, réparer les vivants », *AJDA* 2020, p.2016)

²⁵² B. SEILLER, « Les décisions régularisées », *RFDA* 2019, p. 791

²⁵³ Par ex., la jurisprudence *Danthony* (CE, Ass., 23 déc. 2011, n° 335033, *M. Danthony*) ou plus récemment la jurisprudence *CFDT Finances* (CE, Ass., 18 mai 2018, n° 414583, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*)

²⁵⁴ E. LANGELIER et A. VIROT-LANDAIS, « Mérites et limites du recours à la régularisation des actes viciés », *JCP Admin.*, 2015, p. 2245

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ B. SEILLER, *art. cit.*

²⁵⁷ *Ibid.*

des mécanismes de régularisation. Ces techniques sont de deux types : la régularisation à la suite d'une annulation partielle (1) et la régularisation en cours d'instance (2).

1- La régularisation à la suite d'une annulation partielle

L'article L.600-5 du code de l'urbanisme - Le juge administratif recourt depuis longtemps à la technique des annulations partielles en droit de l'urbanisme qu'il s'agisse de document d'urbanisme ou de permis²⁵⁸. Cependant, l'article L. 600-5 du code de l'urbanisme permet « *d'aller plus loin* »²⁵⁹. En effet, par la loi du 13 juillet 2006²⁶⁰, le législateur a codifié ce pouvoir prétorien d'annulation partielle des autorisations d'urbanisme. Cet article a été modifié par l'ordonnance du 18 juillet 2013²⁶¹ et récemment par la loi Elan du 23 novembre 2019²⁶². Les dispositions de l'article L.600-5²⁶³ permettent dans certaines conditions au juge de l'excès de pouvoir de procéder à l'annulation partielle d'un projet de construction ou d'aménagement, afin de permettre au bénéficiaire de l'autorisation d'urbanisme de solliciter auprès de l'autorité administrative la délivrance d'un permis modificatif conforme à la décision juridictionnelle rendue, le cas échéant dans un délai déterminé par le juge. Cela peut être assimilé à un rejet ou une validation conditionnelle du recours. Le projet est validé sous réserve de la régularisation du vice relevé par le juge dans un délai déterminé.

Conditions de mise en œuvre - L'article L.600-5, dans sa rédaction issue de la loi Elan, précise que l'annulation partielle est subordonnée à trois conditions. D'abord, que le vice retenu n'affecte qu'une « *partie* » du projet. Cela n'implique pas que cette partie soit nécessairement détachable du reste du projet²⁶⁴. Ensuite, que ce vice soit susceptible d'être

²⁵⁸ M. RICHARD, « L'office du juge administratif en contentieux de l'urbanisme », in J-F. LAFAIX (dir.), *op. cit.*, p. 93

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 94

²⁶⁰ Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement

²⁶¹ Ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme

²⁶² Loi n°2018-1021 du 23 novembre 2018, loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique

²⁶³ Art. L.600-5 du code de l'urbanisme dans sa version issue de la loi n°2018-1021 du 23 novembre 2018 : « *Lorsqu'elle constate que seule une partie d'un projet de construction ou d'aménagement ayant fait l'objet d'une autorisation d'urbanisme est illégale, la juridiction administrative peut prononcer une annulation partielle de cette autorisation. / L'autorité compétente prend, à la demande du bénéficiaire de l'autorisation, un arrêté modificatif tenant compte de la décision juridictionnelle devenue définitive.* »

²⁶⁴ CE, 1^{er} oct. 2015, n°374338, *Commune de Toulouse*

régularisé par un permis modificatif²⁶⁵ ou un permis de régularisation²⁶⁶. Enfin, qu'aucun des autres moyens invoqués par le requérant ne soit fondé et donc de nature à justifier une annulation totale du permis²⁶⁷.

Office du juge - La recherche d'une éventuelle possibilité de régulariser le vice affectant partiellement le permis relève pleinement de l'office du juge de l'excès de pouvoir. Si le juge décide d'annuler partiellement le projet, il devra indiquer expressément dans sa décision pour quels motifs il écarte les moyens qui auraient pu conduire à l'annulation totale de cette autorisation²⁶⁸.

Office du juge d'appel - Le Conseil d'Etat a précisé l'office du juge d'appel dans un arrêt de 2019 *Commune de Cogolin*²⁶⁹. Ce dernier contrôle dans un premier temps les conditions de mise en œuvre par le juge de première instance de ses pouvoirs issus de l'article L.600-5 du code de l'urbanisme, puis dans un second temps sur la légalité de la mesure de régularisation prise en application du jugement contesté.

2- La régularisation en cours d'instance

L'article L.600-5-1 du code de l'urbanisme - L'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme²⁷⁰, introduit par l'ordonnance du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme²⁷¹, et modifié par la loi dite Elan du 23 novembre 2018²⁷², permet au juge administratif, saisi de conclusions dirigées contre une autorisation d'urbanisme et lorsqu'il estime qu'un vice

²⁶⁵ Un tel permis peut être délivré lorsque les travaux autorisés par le permis initial ne sont pas achevés et si les modifications devant être apportées au projet initial pour régulariser le vice n'ont pas pour conséquence, « par leur nature ou leur ampleur » de remettre en cause sa conception générale (CE, 1^{er} oct. 2015, n°374338, *Commune de Toulouse*)

²⁶⁶ Un tel permis peut être délivré même après l'achèvement des travaux depuis l'intervention de la loi Elan (loi n°2018-1021 du 23 nov. 2018)

²⁶⁷ CE, 16 oct. 2017, n°398902, *Besançon et a.*

²⁶⁸ CE, 16 oct. 2017, n°398902, *Besançon et a.*

²⁶⁹ CE, sect., 15 fév. 2019, n° 401384, *Commune de Cogolin*

²⁷⁰ Art. L.600-5-1 du code de l'urbanisme dans sa version issue de la loi n°2018-1021 du 23 novembre 2018 : « Sans préjudice de la mise en œuvre de l'article L. 600-5, le juge administratif qui, saisi de conclusions dirigées contre un permis de construire, de démolir ou d'aménager ou contre une décision de non-opposition à déclaration préalable estime, après avoir constaté que les autres moyens ne sont pas fondés, qu'un vice entraînant l'illégalité de cet acte est susceptible d'être régularisé, sursis à statuer, après avoir invité les parties à présenter leurs observations, jusqu'à l'expiration du délai qu'il fixe pour cette régularisation, même après l'achèvement des travaux. Si une mesure de régularisation est notifiée dans ce délai au juge, celui-ci statue après avoir invité les parties à présenter leurs observations. Le refus par le juge de faire droit à une demande de sursis à statuer est motivé »

²⁷¹ Ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme

²⁷² Loi n°2018-1021 du 23 nov. 2018, loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique

entraînant l'illégalité de l'autorisation est susceptible d'être régularisé, de sursoir à statuer durant une période qu'il détermine par un jugement avant dire droit, afin que l'auteur de l'acte procède à cette régularisation. Si l'acte est régularisé au cours du délai imparti, il statuera sur le litige qui lui est soumis en tenant compte des corrections apportées à l'autorisation par l'Administration et conclura en principe au rejet de la requête du requérant.

Conditions de mise en œuvre - La technique de la régularisation en cours d'instance ne peut être mise en œuvre par le juge que si un seul des moyens invoqués par le requérant est fondé. En outre, ce vice doit être « *susceptible d'être régularisé par la délivrance d'un permis modificatif* »²⁷³. C'est très souvent le cas des vices de légalité externe (de forme ou de procédure)²⁷⁴. En revanche ne sont pas régularisables les vices qui impliquent la délivrance d'une nouvelle autorisation d'urbanisme²⁷⁵. Depuis l'intervention de la loi Elan, cela est possible y compris après l'achèvement des travaux.

Office du juge - Le Conseil d'Etat a admis, dans un arrêt rendu en 2017, que le mécanisme de régularisation en cours d'instance est un pouvoir propre du juge²⁷⁶. Ce dernier a la liberté, même saisi d'une demande en ce sens, de le mettre en œuvre ou non. Cependant, la nouvelle rédaction de l'article L.600-5-1 issue de la loi Elan prévoit qu'en présence d'un vice régularisable, le juge « *sursoit à statuer* » (et non plus « *peut [...] surseoir à statuer* »), et précise que tout refus de juge de faire droit à une demande de sursis à statuer doit être motivé. En outre, à chaque stade de la procédure, le juge est tenu de faire strictement respecter le principe du contradictoire. En effet, avant de sursoir à statuer, il est tenu d'informer les parties de son intention et de leur permettre de formuler des observations. Ensuite, si une mesure de régularisation est notifiée durant le délai laissé à l'Administration pour corriger son acte, cette mesure de régularisation devra être communiquée à la partie adverse, qui là encore pourra formuler des observations ou contester, dans le cadre de la même instance²⁷⁷, la mesure de régularisation²⁷⁸.

²⁷³ CE, 22 fév. 2018, n°389518, SAS Unicité

²⁷⁴B. SEILLER, *art. cit.*

²⁷⁵ CE, 22 fév. 2017, n° 392998, Mme Bonhomme et a.

²⁷⁶ CE, 28 déc. 2017, n° 402362, Société PCE.

²⁷⁷ Article L.600-5-2 du code de l'urbanisme

²⁷⁸ Voir CE, avis, 18 juin 2014, n° 376760, Société Batimalo.

Régularisation spontanée en cours d'instance - La régularisation de l'acte peut également venir spontanément de la part de l'Administration. Dans ce cas, le juge est dispensé de sursoir à statuer²⁷⁹. Il est tout de même tenu de notifier l'intervention de cette régularisation à la partie adverse et de permettre à celle-ci, toujours dans le cadre de la même instance, de contester la mesure de régularisation avant de se prononcer définitivement sur la légalité de l'acte litigieux corrigé en cours d'instance. La possibilité pour le juge de l'excès de pouvoir de tenir compte d'une régularisation intervenue spontanément en cours d'instance se rapproche en réalité du cas de figure de la solution rendue dans l'arrêt *Association des Américains Accidentels*. En effet, dans les deux cas, le juge se prononce sur la légalité de l'acte qui lui est soumis non pas à la date de son édicition, mais à une date postérieure afin de tenir compte d'un changement de circonstances.

Article L.600-9 du code de l'urbanisme - L'article L.600-9 du code de l'urbanisme, introduit par la loi Alur du 24 mars 2014²⁸⁰, prévoit un mécanisme similaire à celui prévu à l'article L.600-5-1 du même code pour régulariser les vices entachant l'élaboration ou la révision des documents d'urbanisme.

Ces techniques de régularisation contribuent à la réalisation de l'objectif du juge de l'excès de pouvoir d'assurer l'effet utile de ses décisions et sont susceptibles d'être étendues à d'autres domaines.

B) Le déploiement amorcé de techniques de régularisation

Effet utile de la régularisation - Comme le font remarquer Clément Malverti et Cyrille Beaufiles, le développement de techniques de régularisation s'inscrit dans un « *mouvement plus général qui consiste pour le juge à mettre au centre de ses préoccupations l'effectivité et l'utilité de son intervention* »²⁸¹. Grâce à ses pouvoirs de régularisation, le juge administratif joue un rôle plus actif dans le rétablissement de la légalité. Il ne se contente pas uniquement d'annuler l'acte ou de rejeter la requête. Cela l'oblige à apprécier « *de façon plus fine la portée des illégalités relevées* » et de « *faire le départ entre ce qui, en termes de légalité, peut être réparé et ce qui ne le peut pas, avec l'idée que l'intervention du juge doit conduire, non pas*

²⁷⁹ CE, 22 fév. 2018, n°389518, *SAS Unicité*.

²⁸⁰ Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové

²⁸¹ C.MALVERTI, C. BEAUFILS, *art. cit.*

nécessairement à casser la décision qui a été prise par l'administration dans le passé, mais à conduire celle-ci à retrouver, pour l'avenir, le chemin de la légalité »²⁸². Le juge de l'excès de pouvoir porte dès lors un regard tourné vers l'avenir²⁸³.

Un raisonnement pragmatique - Un tel raisonnement est pragmatique. Le justiciable pourrait être frustré de voir sa requête rejetée alors même qu'un des vices qu'il invoquait était fondé. En effet, ce que recherche véritablement le requérant en attaquant l'acte litigieux, c'est sa disparition de l'ordonnancement juridique et non le rétablissement de la légalité²⁸⁴. Cependant, si le juge annule l'acte sur un vice de légalité externe (de procédure ou de forme), rien n'empêche que l'Administration reprenne dans un second temps le même acte, dans le respect, cette-fois ci, des règles de forme ou de procédure. Dans ces conditions, en permettant à l'Administration de simplement corriger son acte en cours de procédure, le juge évite à cette dernière d'avoir à « *réenclencher tout le processus normatif avec le risque de commettre de nouvelles irrégularités* »²⁸⁵ et donc potentiellement entraîner de nouveaux litiges. En outre, cela met en mesure le juge de contrôler la régularisation de l'acte par l'Administration. S'il conclut au rejet de la requête suite à l'intervention d'une mesure de régularisation, le litige est définitivement clos.

Perspectives d'extension du mécanisme de régularisation en cours d'instance - Aujourd'hui, les mécanismes de régularisation sont principalement utilisés en droit de l'urbanisme. Toutefois, la technique de régularisation en cours d'instance a été importée en droit de l'environnement par l'ordonnance n°2017-80 du 26 janvier 2017²⁸⁶. Le contentieux de l'urbanisme est vu comme un contentieux « *laboratoire* ». De nombreuses techniques contentieuses nouvelles sont souvent « *testées* » avec ce contentieux avant d'être étendues à d'autres domaines²⁸⁷. C'est par exemple le cas du mécanisme de cristallisation des moyens²⁸⁸, de restriction de l'utilisation de la technique de l'économie des moyens²⁸⁹, de la limitation des

²⁸² J-H STAHL, *art. cit.*

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ B. SEILLER, *art. cit.*

²⁸⁵ E. LANGELIER, A. VIROT-LANDAIS, *art. cit.*

²⁸⁶ Article L.181-18 du code de l'environnement.

²⁸⁷ D. LABETOULLE, « Bande à part ou éclairer ? », *AJDA* 2013, p.1897

²⁸⁸ Prévu à l'article R. 600-4 du code de l'urbanisme et introduit à l'article R.611-7-1 du code de justice administrative par le décret n°2016-1480 du 2 novembre 2016.

²⁸⁹ L'article L.600-4 du code de l'urbanisme a pu inspirer la jurisprudence *Eden* (CE, 21 déc. 2018, n° 409678, *Société Eden*)

vices invocables par le biais de l'exception d'illégalité²⁹⁰, etc. Daniel Labetoulle, à l'occasion de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 18 juillet 2013, s'interrogeait sur la question de savoir si ces évolutions en contentieux du droit de l'urbanisme ne « [préfiguraient] pas plutôt des évolutions qui pourraient être bénéfiques à l'ensemble du contentieux administratif »²⁹¹. Dès lors, il ne serait pas inimaginable que les mécanismes de régularisation, prévus pour l'instant aux articles L.600-5, L.600-5-1 et L.600-9 du code de l'urbanisme, soient importés par le juge ou le législateur à d'autres pans du contentieux administratif.

Parallèlement au développement des techniques de régularisation en matière de contentieux de l'excès de pouvoir, la jurisprudence et le législateur ont également contribué à l'approfondissement du pouvoir d'injonction octroyé au juge administratif par la loi du 8 février 1995.

§ 2 - Le renforcement abouti du pouvoir d'injonction du juge administratif

Pouvoir d'injonction du juge de l'excès de pouvoir - Depuis la loi du 8 février 1995, le juge administratif peut, au sein même de son jugement, prescrire à une personne morale du droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public, de prendre une mesure d'exécution dans un sens déterminé²⁹² ou de prendre une nouvelle décision à l'issue d'une nouvelle instruction²⁹³. Cela peut être assorti d'une astreinte²⁹⁴. Le juge administratif, et notamment le juge de l'excès de pouvoir, s'est pleinement saisi de cette prérogative et a fortement contribué à l'approfondir. C'est en particulier le cas lorsqu'il permet au requérant de hiérarchiser ses prétentions et restreint la possibilité de recourir à la technique de l'économie des moyens avec la jurisprudence *Eden*²⁹⁵ (A). Récemment, c'est le législateur qui est intervenu pour renforcer le pouvoir d'injonction du juge administratif en loi octroyant un pouvoir d'injonction d'office (B).

²⁹⁰ Les articles L.600-1 du code de l'urbanisme et L.600-12-1 peuvent être mis en lien avec la jurisprudence *CFDT Finances* (CE, Ass., 18 mai 2018, n° 41458, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*)

²⁹¹ D. LABETOULLE, *art. cit.*

²⁹² Art. L911-1 al. 1 du CJA

²⁹³ Art. L911-2 al. 1 du CJA

²⁹⁴ Art. L911-3 du CJA

²⁹⁵ CE, 21 déc. 2018, n° 409678, *Société Eden*

A) L'approfondissement du pouvoir d'injonction du juge administratif par la jurisprudence
Eden

Le principe de l'économie des moyens - Selon le principe dit de l'économie des moyens, le juge administratif peut, lorsqu'il est saisi de plusieurs moyens justifiant l'annulation d'une décision, se borner à faire apparaître dans son jugement le bien fondé d'un seul d'entre eux²⁹⁶. Ce principe était compréhensible suivant l'ancienne conception du recours pour excès de pouvoir, celle selon laquelle le rôle du juge était exclusivement de garantir le respect par l'Administration du principe de légalité et d'en censurer toute atteinte. En effet, dès lors qu'un vice était identifié, cela suffisait au juge pour prononcer l'annulation de l'acte.

Difficultés d'articulation entre pouvoir d'injonction et principe d'économie des moyens - Ce principe a toutefois posé des difficultés au niveau de son articulation avec le pouvoir d'injonction octroyé au juge administratif, notamment au juge de l'excès de pouvoir, dès 1995. En effet, lorsqu'il est saisi de conclusions à fin d'injonction, le juge administratif opère un raisonnement en deux temps²⁹⁷ : d'abord, en tant que juge de l'excès de pouvoir, en se plaçant, pour contrôler la légalité de l'acte administratif qui lui est soumis, au jour de son édicton, puis dans un second temps, en cas d'annulation de cet acte, en tant que juge de l'injonction, en se plaçant au jour où il statue²⁹⁸. Ainsi, en toute rigueur, le juge de l'injonction, tire les conséquences de la solution retenue par le juge de l'excès de pouvoir. Cela s'explique par le caractère accessoire²⁹⁹ du pouvoir d'injonction. Il en résulte que le motif d'annulation, le cas échéant, de la décision attaquée revêt une véritable importance dès lors que ce motif conditionne la mise en œuvre par le juge administratif de ses pouvoirs d'injonction, ainsi que le choix de la mesure d'injonction (injonction de prendre une mesure dans un sens déterminé ou injonction de réexamen)³⁰⁰. Or, la technique de l'économie des moyens, lorsque plusieurs moyens sont fondés, permet au juge de l'excès de pouvoir de fonder sa décision sur un seul de ces moyens ; moyen qui peut ainsi entraîner des conséquences variables au stade de la mise en œuvre de ses pouvoirs d'injonction dès lors qu'à ce stade, il ne peut prendre appui que sur les motifs qu'il a retenus dans le jugement rendu au principal³⁰¹.

²⁹⁶ Y. FAURE, C. MALVERTI, *art. cit.*

²⁹⁷ CE, 4 juill. 1997, n°156298, *Epoux Bourezak*

²⁹⁸ Lorsqu'il agit en tant que juge de l'injonction, le juge administratif est considéré agir en tant que juge du plein contentieux.

²⁹⁹ Voir par ex. S. THERON, « L'accessoire en contentieux administratif », *RFDA* 2019, p.77

³⁰⁰ D. CHABANOL, B. BONNET, *La pratique du contentieux administratif*, LexisNexis, 13^{ème} éd., 2020, p.331

³⁰¹ C. BROUELLE, *op. cit.*, p.320

Choix du moyen d'annulation et conséquence sur le pouvoir d'injonction du juge - Sophie Roussel fait remarquer qu' « *alors que les annulations pour des vices de forme ou de procédure n'interdisent pas à l'autorité administrative de reprendre la même décision, dans des conditions cette fois-ci régulières, une annulation pour un motif de fond, c'est-à-dire pour un motif de légalité interne, peut soit interdire à l'administration de reprendre la même décision, soit l'obliger à prendre une décision dans un sens déterminé* »³⁰². En effet, lorsque la décision est annulée pour un unique vice de forme ou de procédure, le juge de l'injonction pourra au mieux, sous réserve de régularisation de ce vice, enjoindre à l'Administration de réexaminer la situation du requérant et de reprendre une nouvelle mesure, au terme d'une nouvelle procédure d'instruction, respectant cette fois-ci les règles de forme et de procédure. A l'inverse, lorsque l'annulation repose sur un unique motif d'illégalité interne (violation d'une règle de droit, motif inexact, erreur de droit, *etc.*) le juge de l'injonction ne pourra enjoindre à l'Administration de prendre une mesure dans un sens déterminé que si la solution inverse à celle qui a fait l'objet de l'annulation s'impose³⁰³, c'est-à-dire qu'elle ne dispose d'aucun choix³⁰⁴, qu'elle se trouve en situation de « *compétence liée post-juridictionnelle* »³⁰⁵, ce qui n'est pas toujours le cas. Les choses sont plus complexes lorsque plusieurs motifs justifient l'annulation d'une décision³⁰⁶, dès lors que, selon le fondement retenu par le juge dans les motifs de sa décision d'annulation, son pouvoir d'injonction se trouvera plus ou moins « *bridé* »³⁰⁷. Pour certains auteurs, il était par conséquent nécessaire de remettre en cause la règle de l'économie des moyens³⁰⁸. Cela est d'ailleurs le cas en contentieux de l'urbanisme depuis l'intervention de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 qui impose au juge, lorsqu'il annule pour excès de pouvoir ou en ordonne la suspension dans ce domaine spécifique, de se prononcer « *sur l'ensemble des moyens de la requête qu'elle estime susceptibles de fonder l'annulation ou la suspension* »³⁰⁹.

³⁰² S. ROUSSEL, « Recours pour excès de pouvoir - D'un discret mais substantiel enrichissement de l'office du juge de l'excès de pouvoir », *DA* n°5, mai 2019

³⁰³ Par ex. lorsque le juge annule un refus d'abroger un acte réglementaire, cela implique que l'Administration procède à cette abrogation (CE, 21 fév. 1997, n°176234, *Calbo*); également, si le juge annule un refus de titre de séjour sur le fondement d'une violation de l'article 8 de la convention EDH, l'Administration se doit de délivrer au requérant un titre de séjour vie privée et familiale (CE, avis, 30 nov. 1998, n°188350, *Berrad*) ; ou encore, lorsque le juge administratif annule la révocation d'un fonctionnaire, l'Administration est tenue de la réintégrer parmi les cadres à la date de son éviction et de procéder à une reconstitution de sa carrière (CE, 29 déc. 1995, n° 129659, *Kavvadias*) ; *etc.*

³⁰⁴ C. BROUELLE, *op. cit.*, p.321

³⁰⁵ M. GUYOMAR, B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2019, p.499

³⁰⁶ D. CHABANOL, B. BONNET, *op. cit.*, p.332

³⁰⁷ C. BROUELLE, *op. cit.*, p.322

³⁰⁸ Par ex. F. DIEU, « La règle de l'économie des moyens doit-elle paralyser le pouvoir d'injonction du juge administratif ? », *AJDA* 2009, p. 1082

³⁰⁹ Art. L.600-4-1 du code de l'urbanisme

Arrêt Eden - L'arrêt *Eden*³¹⁰, rendu par le Conseil d'Etat le 21 décembre 2018, n'abandonne pas la technique de l'économie des moyens, mais impose désormais au juge administratif de se fonder sur le moyen le plus à même de régler le litige au vu des circonstances de l'affaire, c'est-à-dire permettant de vider le litige le plus complètement possible. Il est recommandé de longue date au juge de l'excès de pouvoir de fonder sa décision d'annulation sur le moyen le plus « utile »³¹¹ à la mise en œuvre de ses pouvoirs d'injonction, en favorisant au maximum la mise en œuvre de son pouvoir tiré de l'article L.911-1 du code de justice administrative d'ordonner à l'Administration de prendre une mesure dans un sens déterminé³¹². Cependant, cela n'était pas obligatoire. Désormais, le juge de première instance peut être sanctionné en appel ou en cassation dans le cas où il ne rend pas son arrêt en se fondant sur le « *moyen le plus à même de vider le litige* »³¹³. Pour déterminer un tel moyen, le juge peut compter sur l'aide du requérant, qui peut désormais hiérarchiser ses prétentions, c'est-à-dire indiquer au juge les conséquences qu'il souhaite en priorité retirer de son recours. Il peut également hiérarchiser, au sein de sa requête, les différentes causes juridiques (illégalité externe et illégalité interne en REP) afin d'indiquer celles qu'il souhaite voir être analysées en priorité par le juge et susceptibles de justifier au mieux le prononcé de la mesure d'injonction sollicitée³¹⁴.

Effet utile de la jurisprudence Eden - La jurisprudence *Eden* s'intègre pleinement dans le mouvement allant vers une prise en compte croissante du juge de l'efficacité et de l'utilité de ses décisions. En effet, en associant le requérant au choix du motif d'annulation et en l'invitant à préciser plus rigoureusement ses attentes, le juge de l'excès de pouvoir cherche à identifier le moyen le plus à même de lui donner satisfaction et donc de mettre fin au litige. En outre, par cet encadrement de la règle de l'économie des moyens, le Conseil d'Etat cherche à limiter l'usage de cette technique afin d'éviter que cela ne paralyse le plein effet de son pouvoir d'injonction³¹⁵. Cela met en avant un véritable changement de mentalité du juge de l'excès de pouvoir. En effet, le pouvoir d'injonction est prévu comme une prérogative accessoire³¹⁶, visant à l'origine simplement à compenser pour le requérant le caractère objectif du recours

³¹⁰ CE, 21 déc. 2018, n° 409678, *Société Eden*

³¹¹ C. BROYELLE, *op. cit.*, p.322

³¹² Car selon Camille Broyelle, une telle mesure d'injonction est celle qui est la plus utile au requérant (voir. C. BROYELLE, *op. cit.*, p.318)

³¹³ Y. FAURE, C. MALVERTI, *art. cit.*

³¹⁴ *Ibid.*

³¹⁵ P -Y SAGNIER, *art. cit.* § 461 et s.

³¹⁶ C'est-à-dire « *lié au principal mais placé sous la dépendance de celui-ci soit qu'il le complète, soit qu'il n'existe que par lui* » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011, p. 11)

pour excès de pouvoir. Or, aujourd'hui, celui-ci semble désormais occuper une place centrale dans le recours pour excès de pouvoir.

Le pouvoir d'injonction du juge administratif a également été renforcé par l'intervention du législateur par la loi du 23 mars 2019³¹⁷ lui conférant un pouvoir d'injonction d'office.

B) L'accomplissement du pouvoir d'injonction du juge administratif par l'octroi d'un pouvoir d'injonction d'office

Initiative du requérant pour la mise en œuvre des mesures d'injonction - A l'origine, les mesures d'injonction devaient être sollicitées par le requérant. Le juge de l'excès de pouvoir ne pouvait mettre en œuvre ses pouvoirs d'injonction que lorsqu'il était saisi de conclusions en ce sens par une des parties. Cela s'expliquait notamment par le fait que ce pouvoir d'injonction lui avait avant tout été accordé dans le but de compenser, au bénéfice des requérants, le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir³¹⁸. Dès lors, il était logique que ce ne soit que sur demande expresse de ces derniers que le juge pouvait mettre en œuvre ses pouvoirs.

Technique des injonctions prétoriennes - Cependant, dès le début des années 2000, le juge de l'excès de pouvoir s'est écarté des dispositions de la loi du 8 février 1995 pour prononcer des « *injonction prétorienne* »³¹⁹. Cela consiste, pour le juge de l'excès de pouvoir à préciser, dans le dispositif même de son jugement, que l'annulation qu'il prononce comporte pour l'Administration les obligations qu'il a énoncées, de façon précise dans les motifs de sa décision³²⁰. L'utilisation du terme « *obligation* » donne au jugement ou à l'arrêt rendu un effet semblable à une injonction prononcée par le juge sur le fondement des dispositions de l'article 62 de la loi du 8 février 1995, en l'absence même de conclusions à fin d'injonction présentées

³¹⁷ Loi n°2019-222 du 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

³¹⁸ C. BROYELLE, « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », *DA* n°3, mars 2004, chron. 6

³¹⁹ Notion utilisée par Camille Broyelle (voir en ce sens : *ibid.*)

³²⁰ Par exemple, dans l'arrêt du 25 juin 2001, *Toulouse Football club* le dispositif de l'arrêt précise que l'annulation de la décision homologuant le classement final d'un championnat de France professionnel de football comporte nécessairement les obligations énoncées aux motifs de la présente décision. Or, le corps du jugement précise qu'en raison de l'illégalité constatée, la commission d'organisation des compétitions de la Ligue nationale de football doit se prononcer à nouveau sur l'homologation du classement final du championnat en retirant des points à l'équipe ayant méconnu le règlement général et de faire de même pour les matchs non encore homologués (CE, 25 juin 2001, n°234363, *Toulouse Football club*)

par le requérant. Par l'établissement d'un guide d'exécution précis, au sein même de son jugement, le juge de l'excès de pouvoir va s'assurer que les décisions qu'il rend soient exécutées par l'Administration dans le sens où il l'entend. Là encore, cette modification prétorienne de l'office du juge de l'excès de pouvoir témoigne d'un souci croissant de pédagogie et d'efficacité de ses décisions³²¹. En agissant de la sorte, le juge s'assure que la décision qu'il rendra aura un effet utile dès lors que l'Administration connaîtra la marche à suivre pour retrouver le chemin de la légalité et réparer les éventuelles conséquences engendrées par l'acte illégal pour le requérant ou les tiers.

Octroi par le législateur d'un pouvoir d'injonction d'office - Aujourd'hui, cette technique des injonctions prétorienne peut sembler dépassée dès lors que, depuis la loi du 23 mars 2019³²², le législateur a expressément reconnu au juge administratif un pouvoir d'injonction d'office. Cette nouvelle prérogative figure au sein d'un nouvel alinéa ajouté respectivement aux articles L. 911-1 et L.911-2 du code de justice administrative. Cette nouvelle prérogative interroge cependant sur ses conditions de mise en œuvre.

Mise en œuvre du nouveau pouvoir d'injonction d'office - Comme le fait remarquer Camille Broyelle, dans la dernière édition de son manuel *Contentieux administratif*, « dans le contentieux de l'excès de pouvoir, de telles mesures [d'injonction] sont prescrites pour donner à l'annulation son "effet utile" »³²³. Cette dernière fait ici référence au considérant rendu par le Conseil d'Etat dans son arrêt *Association des Américains accidentels*. Ainsi, l'usage par le juge de l'excès de pouvoir de cette nouvelle prérogative serait justifié lorsqu'elle est nécessaire pour donner un effet utile à l'arrêt qu'il rend. Le problème là encore est l'absence de définition précise de la notion d'effet utile. Quoi qu'il en soit, l'article R.611-7-3 du code de justice administrative, issu du décret du 30 décembre 2019, précise que préalablement à l'exercice de son pouvoir d'injonction d'office, le juge doit requérir les observations des parties. Cependant, cela n'a pas toujours été le cas, dès lors que dans un arrêt du 5 juillet 2019, le Conseil d'Etat a pu considérer que cela n'était pas nécessaire³²⁴.

³²¹ M. GUYOMAR, P. COLLIN, « Les décisions par lesquelles le Conseil d'Etat précise la portée d'une annulation "en tant que ne pas" et prononce une annulation aux effets différés s'inscrivent dans la ligne d'une évolution qui témoigne d'un souci croissant de pédagogie et d'efficacité du juge de l'excès de pouvoir », *AJDA* 2001, p.1046

³²² Loi n°2019-222 du 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

³²³ C. BROUELLE, *op. cit.*, p.318-319

³²⁴ CE, 5 juillet 2019, n°413040, *Fédération française du transport de personne sur réservation*

Conséquences de l'injonction d'office sur le recours pour excès de pouvoir - Là encore, cette évolution vise à renforcer le pouvoir d'injonction du juge administratif de façon à lui permettre de garantir encore plus l'utilité de ses décisions. Les conséquences du pouvoir d'injonction d'office sur le contrôle qu'exerce le juge de l'excès de pouvoir sur les actes administratifs est que désormais celui-ci est systématiquement obligé de s'interroger sur l'opportunité de prescrire telle ou telle mesure d'injonction. S'il juge une telle mesure d'exécution opportune, il devra s'assurer de fonder sa décision d'annulation sur un motif permettant de justifier la mise en œuvre de la mesure d'injonction qu'il souhaite mettre en œuvre (ou sollicitée par le requérant). Ainsi, le juge inverse sa manière de raisonner. Il s'interroge désormais en priorité sur la mesure d'injonction susceptible d'être mise en œuvre afin de donner à son jugement un effet le plus utile possible, avant de déterminer les motifs fondant sa décision d'annulation, alors qu'en toute rigueur, ce dernier devrait d'abord s'interroger sur les conclusions principales avant de statuer sur les conclusions accessoires que constituent les mesures d'injonction. Il convient dès lors de constater un phénomène de rétroaction de l'office du juge de l'injonction sur celle du juge de l'annulation³²⁵, qui est la preuve d'une véritable évolution de la conception du rôle du juge de l'excès de pouvoir et de sa façon d'aborder le litige qui lui est soumis.

Un tel phénomène s'observe également lorsque le juge de l'excès de pouvoir recourt à une nouvelle méthode d'appréciation de la légalité des actes administratifs : la méthode de l'appréciation dynamique de la légalité.

Section 2 - Le développement d'une approche dynamique de la légalité au service de l'effet utile des décisions

Dans le sillage de ce mouvement de recherche croissant par le juge de l'excès de pouvoir d'effet utile de ses décisions, le Conseil d'Etat a plus récemment développé une nouvelle manière d'appréhender la légalité des actes administratifs qui lui sont soumis. Cette nouvelle approche de la légalité, qualifiée d'approche « *dynamique de la légalité* »³²⁶ ou « *d'approche contemporaine de la légalité* »³²⁷, consiste pour le juge de l'excès de pouvoir à tenir compte,

³²⁵ Y. FAURE, C. MALVERTI, *art. cit.*

³²⁶ A. BRETONNEAU, *art. cit.* (ccl. sur CE, 24 fév. 2017, n°391000, *Mme Chupin et a.*) ; C. MALVERTI, C. BEAUFILS, *art. cit.* ; B. GENEVOIS, *art. cit.*

³²⁷ B. GENEVOIS, *art. cit.*

au sein de son analyse, de l'évolution de la légalité de la décision qui lui est soumise liée à l'écoulement du temps entre la date de son édicition, et le jour où il se prononce. L'arrêt *Association des Américains accidentels* fait clairement usage de cette nouvelle approche de la légalité. Cependant, l'assemblée du contentieux du Conseil d'Etat, ne précise ni le champ d'application de cette jurisprudence (§1), ni ses conditions de mise en œuvre³²⁸ (§ 2). Cela laisse ainsi libre cours à diverses interrogations.

§ 1 - Le champ d'application de l'appréciation dynamique de la légalité

Définir le champ d'application de la jurisprudence *Association des Américains accidentels* implique de se demander en premier lieu si celle-ci est susceptible de s'appliquer à tous types de contentieux de l'excès de pouvoir (A), puis en second lieu si celle-ci peut concerner tous types de vices (B).

A) Les contentieux susceptibles de faire objet d'une appréciation dynamique de la légalité.

Appréciation dynamique et contentieux du refus - Le considérant de principe posé par le Conseil d'Etat dans son arrêt d'assemblée *Association des Américains accidentels* a jusqu'alors été appliqué, à une exception près³²⁹, à des contentieux formés à l'encontre de décisions de refus qui ont la particularité d'être des contentieux « *regardant vers l'avenir* »³³⁰. En effet, les décisions de refus ne créent par définition pas de droit pour le requérant ou les tiers³³¹ et, en principe, leur annulation ne peut avoir comme conséquence que l'intervention de la décision favorable à compter de la décision du juge. Dès lors, l'état du droit à la date du refus importe peu³³². La question qui se pose est alors celle de savoir si l'appréciation dynamique de la légalité est susceptible de s'appliquer à tous types de contentieux du refus.

Des contentieux contre des mesures de refus inadaptés à l'appréciation dynamique de la légalité - Clément Malverti et Cyrille Beaufils font remarquer que l'appréciation dynamique de la légalité, qui conduit pour le juge à apprécier la légalité et, le cas échéant, à prononcer l'annulation de l'acte qui lui est soumis à la date à laquelle il se prononce, ne peut pas

³²⁸ C. MALVERTI, C. BEAUFILS, *art. cit.*

³²⁹ A l'exception de l'arrêt *Stassen* (CE, 28 fév. 2020, n°433886, *M. Stassen*) dans lequel l'appréciation dynamique de la légalité a été appliquée à une mesure de suspension provisoire prise à l'encontre d'un sportif.

³³⁰ J-H STAHL, *art. cit.*

³³¹ C. MALVERTI, C. BEAUFILS, *art. cit.*

³³² J-H STAHL, *art. cit.*

s'appliquer à tous les types de contentieux du refus³³³. Ils donnent pour exemple le contentieux des refus de titularisation. Dans ce cas, l'annulation de la décision de refus illégale *ab initio* conserve un véritable intérêt dès lors que l'intéressé est susceptible d'obtenir une reconstitution rétroactive de sa carrière³³⁴. L'appréciation dynamique de la légalité ne semble donc s'appliquer qu'à des contentieux concernant des décisions de refus présentant certaines caractéristiques qu'il convient de déterminer.

Le critère de l'absence de portée rétroactive du contentieux soumis au juge - Dans ses conclusions sur l'arrêt *Mme Chupin*³³⁵, le rapporteur public Aurélie Bretonneau plaidait déjà en faveur d'une appréciation dynamique de la légalité concernant un litige relatif au refus de la CNIL de mettre en demeure la société Google de déréférencer certains liens. Elle mettait en avant que ce contentieux présentait la particularité d'être « *dépourvu de portée rétroactive* »³³⁶. Sa position sera suivie par le Conseil d'Etat deux ans après à l'occasion des arrêts du 6 décembre 2019 faisant pleinement application de cette appréciation dynamique de la légalité³³⁷. Clément Malverti et Cyrille Beaufils soulèvent également cette idée en proposant que l'appréciation dynamique de la légalité ne s'applique qu'aux contentieux dans lesquels les effets passés de la décision illégale ne puissent plus être effacés « *par une réécriture juridique de l'histoire* »³³⁸, rendant ainsi inutile pour le requérant l'obtention d'une déclaration d'illégalité *ab initio*, si ce n'est pour lui permettre, en cas de préjudice, de saisir l'Administration d'une demande de réparation indemnitaire³³⁹. Un des critères de l'application rétroactive de la légalité pourrait ainsi être celui de l'absence de portée rétroactive du contentieux, c'est-à-dire le fait que l'annulation de l'acte litigieux ne puisse pas avoir « *d'effet réel sur le passé* »³⁴⁰, si ce n'est la possibilité pour le requérant d'obtenir éventuellement une réparation indemnitaire en cas de préjudice.

Les critères de la nature des droits en cause et de la sensibilité du litige au temps - Certains auteurs considèrent que le Conseil d'Etat aurait posé, dans son arrêt *M. Graner*³⁴¹, les critères d'application de sa jurisprudence *Association des Américains accidentels*. Dans l'arrêt

³³³ C. MALVERTI, C. BEAUFILS, *art. cit.*

³³⁴ Voir par ex. : CE, 22 mars 2006, n°273949, *M. Magoudi*

³³⁵ A. BRETONNEAU, *art. cit.* (ccl. sur CE, 24 fév.2017, n°391000, *Mme Chupin et a.*)

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ CE, 6 déc. 2019, n° 391000, *Mme X et a.*

³³⁸ C. MALVERTI, C. BEAUFILS, *art. cit.*

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ H. BOUILLON, *art. cit.*

³⁴¹ CE, 12 juin 2020, n°422327, *M. Graner*

Graner, le requérant sollicitait l'annulation du refus implicite de la Commission d'accès aux documents administratifs, opposé à sa demande de consultation anticipée de certaines archives du Président François Mitterrand. Le Conseil d'Etat va considérer que saisi d'un tel litige, il lui appartient, afin de conférer un effet utile à son intervention, de se placer, pour statuer, à la date à laquelle il se prononce. Il justifie cela par « *la nature des droits en cause* » et « *la nécessité de prendre en compte l'écoulement du temps et l'évolution des circonstances de droit et de fait* »³⁴². Dans ses conclusions sur l'arrêt *M. Guillemain*³⁴³, Marie Sirinelli avance l'idée que la mise en œuvre de l'appréciation dynamique de la légalité par le juge nécessite trois conditions. Une première condition relative à l'objet du litige, qui implique qu'il s'agisse d'une décision de refus ; une seconde condition relative à la sensibilité du litige à l'écoulement du temps ; et une troisième condition tenant aux enjeux du litige. Cette dernière condition, qui fait référence au critère de la « *nature des droits en cause* »³⁴⁴ posé dans l'arrêt *M. Graner* semble être nouvelle. Toutefois, celle-ci ne peut pas constituer un critère déterminant à l'application par le juge d'une appréciation dynamique de la légalité dès lors que de très nombreux contentieux administratifs « *font intervenir, de près ou de loin, des droits fondamentaux* »³⁴⁵. Cette condition doit dès lors nécessairement être couplée avec la seconde, celle de la nécessité de prendre en compte l'écoulement du temps et l'évolution des circonstances de droit et de fait, autrement dit de la sensibilité ou de la « *vulnérabilité* »³⁴⁶ du contentieux à l'écoulement du temps. Aurélie Bretonneau fait remarquer que c'est particulièrement le cas des contentieux de refus de déréférencement d'un site internet dans lesquels « *des évènements décisifs tels que la clôture d'une procédure judiciaire, ou le simple passage des ans, [peuvent] emporter un droit au déréférencement qui n'existait pas à la date du refus* »³⁴⁷. L'idée étant ici que la prise en considération de l'écoulement du temps est rendue nécessaire dès lors qu'à défaut le juge serait amené à prononcer une annulation platonique.

Résumé des conditions d'application de l'appréciation dynamique de la légalité - Il résulte de ce qui vient d'être dit que l'appréciation dynamique de la légalité serait applicable aux contentieux des décisions de refus, à la double condition que le déplacement du point de contrôle du juge soit justifié par les enjeux que présente le litige, et au fait que le litige soit

³⁴² CE, 12 juin 2020, n°422327, *M. Graner*

³⁴³ M. SIRINELLI, ccl. sur CE, 23 déc. 2020, n°431520, *M. Guillemain et autre*,

³⁴⁴ CE, 12 juin 2020, n°422327, *M. Graner*, n°422327

³⁴⁵ C. MALVERTI, C. BEAUFILS, « Archives présidentielles : guide des usages du protocole », *AJDA* 2020, p. 1416

³⁴⁶ A. BRETONNEAU, *art. cit.* (ccl. sur CE, 24 fév. 2017, n°391000, *Mme Chupin et a.*)

³⁴⁷ *Ibid.*

sensible à l'écoulement du temps. Cependant, cela implique que le contentieux soit dépourvu de portée rétroactive³⁴⁸, c'est-à-dire qu'il ne nécessite pas que le juge se prononce sur les effets passés de l'acte. Toutefois, qu'en est-il de l'appréciation dynamique de la légalité pour les contentieux à l'encontre de décisions positives de l'Administration ?

Appréciation dynamique de la légalité et contentieux des mesures positives - A ce jour, le seul exemple de mise en œuvre de l'appréciation dynamique de la légalité à un contentieux porté contre une mesure positive de l'Administration est l'arrêt *M. Stassen*³⁴⁹, dans lequel il est question d'un recours en annulation contre une mesure de suspension provisoire d'un sportif. L'intérêt du litige est ici double. Il ne s'agit pas d'un litige dépourvu de « *toute portée rétroactive* »³⁵⁰ pour reprendre les termes d'Aurélie Bretonneau. En effet, l'intérêt réside ici « *tant, pour le passé, de faire disparaître une norme illégalement édictée ab initio, que, pour l'avenir, de mettre un terme à une suspension qui serait devenue illégale* »³⁵¹. Toutefois, le cas particulier de l'arrêt *Stassen*, resté isolé à ce jour, ne permet pas d'affirmer que l'appréciation dynamique de la légalité est applicable aux mesures positives dès lors que, pour certains auteurs³⁵², l'absence de retrait par l'autorité administrative de la mesure de suspension provisoire au jour où le juge se prononce peut être assimilée à une décision implicite de rejet de la part de l'Administration d'une demande d'abrogation de cette sanction formulée par le requérant dans ses conclusions nécessairement transmises à l'Administration en vertu du principe du contradictoire³⁵³. Cependant, Alexandre Lallet, dans ses conclusions sur l'arrêt *French Data Network et autres*³⁵⁴ propose de transposer le raisonnement de la décision *Stassen* au contentieux du recours en excès de pouvoir contre un décret. Selon lui, cela reviendrait à admettre que le requérant puisse demander au juge, dans l'hypothèse où le décret serait jugé légal au jour de son édicton, d'opérer un second contrôle de l'acte au jour où il statue et, s'il est devenu illégal d'en prononcer l'abrogation, soit à compter du jour de sa décision, soit à une date antérieure correspondant à la date à laquelle le décret est devenu illégal. En outre, il est également envisageable que l'appréciation dynamique de la légalité s'applique à « *des décisions positives qui ont produit ou produisent des effets impossibles à*

³⁴⁸ C. MALVERTI, C. BEAUFILS, *art. cit.*

³⁴⁹ CE, 28 fév. 2020, n°433886, *M. Stassen*

³⁵⁰ A. BRETONNEAU, *art. cit.* (ccl. sur CE, 24 février 2017, n°391000, *Mme Chupin et a.*)

³⁵¹ C. MALVERTI, C. BEAUFILS, *art. cit.*

³⁵² B. GENEVOIS, *art. cit.*

³⁵³ Voir explications données à la partie I, chapitre II, section 2, §1, B

³⁵⁴ A. LALLET, ccl. sur CE, Ass, 21 avril 2021, n°s393099, 394922, 397844, 397851, 424717, 424718, *French Data Network et a.*

effacer par l'artifice juridique d'une annulation rétroactive »³⁵⁵. C'est typiquement le cas des mesures de police consistant à des « *interdictions de faire* »³⁵⁶. C'est par exemple le cas d'une interdiction d'organiser une manifestation. Si cette interdiction est annulée postérieurement, il n'empêche que la manifestation n'aura pas pu avoir lieu. Il en va de même pour les fermetures administratives des débits de boissons ou restaurants puisque, quand bien même la mesure de police s'avèrerait illégale, le constat de cette illégalité de changera rien au fait que, durant la période de fermeture, le propriétaire n'a pas pu accueillir de clients³⁵⁷. Dès lors, le recours à une appréciation dynamique de la légalité ne semble pas limité aux contentieux des décisions de refus.

Outre la question des contentieux susceptibles d'être concernés par l'appréciation dynamique de la légalité, se pose la question des vices susceptibles de faire l'objet d'une telle appréciation évolutive.

B) Les vices susceptibles de faire l'objet d'une appréciation dynamique de la légalité

Le cas particulier du vice d'incompétence - Dès l'arrêt *Association des Américains accidentels*, le Conseil d'Etat semble réserver un traitement particulier au vice d'incompétence, en faisant une application dissymétrique de l'appréciation dynamique de la légalité³⁵⁸. En effet, s'il admet qu'une évolution favorable des règles de compétence entre l'édition de la décision qui lui est soumise et le jour où il statue soit prise en compte pour « *sauver l'acte* »³⁵⁹ et rejeter la requête du requérant (alors même que celle-ci a été adoptée *ab initio* par une autorité incompétente), la réciproque semble écartée. Les juges du Palais royal refusent qu'une évolution des règles de compétence défavorable à la décision ait une incidence sur la légalité de cette dernière. Cette position est compréhensible dès lors que cela impliquerait pour l'Administration, à chaque modification des règles de compétence, d'abroger et de faire reprendre, par la nouvelle autorité compétente, l'acte autrefois régulièrement pris par l'autorité antérieurement compétente. Ainsi, le Conseil d'Etat « *ouvre*

³⁵⁵ C. MALVERTI, C. BEAUFILS, *art. cit.*

³⁵⁶ *Ibid.*

³⁵⁷ *Ibid.*

³⁵⁸ B. DEFOORT, *art. cit.*

³⁵⁹ C. MALVERTI, C. BEAUFILS, *art. cit.*

la voie à la reconnaissance d'une forme de "compétence rétroactive" de l'autorité administrative, mais se refuse à censurer d'éventuelles "incompétences rétroactives" »³⁶⁰.

L'application privilégiée de l'appréciation dynamique aux vices de légalité interne - De manière plus générale, l'appréciation dynamique semble avant tout s'appliquer à la légalité interne de la décision attaquée³⁶¹. En effet, celle-ci est pleinement susceptible d'être affectée par un changement de circonstances de droit ou de fait. En revanche, cela semble moins adapté à la légalité externe de la décision. D'abord, car le vice d'incompétence connaît un traitement particulier et, ensuite, puisqu'à ce jour cette appréciation dynamique de la légalité est souvent appliquée à des contentieux du refus d'abrogation dans lesquels les vices de forme et de procédure ne sont pas invocables par la voie de l'exception d'illégalité. En outre, l'appréciation dynamique de la légalité a généralement vocation à permettre au juge de l'excès de pouvoir de mettre en œuvre ses pouvoirs d'injonction afin de satisfaire au mieux les demandes du requérant. Or, l'annulation d'une décision pour un vice de légalité externe permet au mieux au juge d'enjoindre à l'Administration de réexaminer la remande de l'administré. Dès lors, l'appréciation dynamique de la légalité présente d'autant plus d'intérêt lorsque le juge annule, au jour où il se prononce, la décision qui lui est soumise sur le fondement d'un vice de légalité interne.

Une fois le champ d'application de l'appréciation dynamique de la légalité éclairci, se pose encore la question des conditions de sa mise en œuvre par le juge de l'excès de pouvoir.

§ 2 - Les conditions de mise en œuvre de l'appréciation dynamique de la légalité

Au niveau de la mise en œuvre de l'appréciation dynamique de la légalité, deux questions sont notamment susceptibles de se poser. C'est d'abord le cas de l'initiative du recours soumis à l'appréciation dynamique de la légalité. Autrement dit, le recours à cette nouvelle méthode de l'appréciation dynamique de la légalité est-il un pouvoir propre du juge de l'excès de pouvoir ou cela doit-il provenir d'une demande expresse d'une des parties ? **(A)** En outre, à quelle date le juge doit-il se placer pour apprécier de façon dynamique la légalité d'un acte ? Doit-il nécessairement se placer à la date où il statue ou peut-il se placer à une date postérieure à celle d'édition de l'acte ? **(B)**

³⁶⁰ B. DEFOORT, *art. cit.*

³⁶¹ C. MALVERTI, C. BEAUFILS, *art. cit.*

A) Le questionnement sur l'initiative du recours à l'appréciation dynamique de la légalité

L'absence de précision quant à l'initiative de l'appréciation dynamique de la légalité - L'arrêt *Association des Américains accidentels* ne précise pas si l'initiative de la mise en œuvre de l'application dynamique de la légalité peut venir du juge ou si celle-ci doit être sollicitée par les parties. Les deux solutions sont envisageables dès lors que le Conseil d'Etat est venu brouiller les pistes avec l'arrêt *Stassen*³⁶² dans lequel il impose que l'initiative de la mise en œuvre de l'appréciation dynamique de la légalité provienne des parties.

Un pouvoir propre du juge de l'excès de pouvoir selon l'arrêt *Association des Américains accidentels* - Un pouvoir propre du juge est un pouvoir dont ce dernier est susceptible de faire usage sans que les parties ne l'aient sollicité. Par exemple, la faculté pour le juge, en vertu de l'article L.600-5-1 du code de l'urbanisme, de sursoir à statuer en droit de l'urbanisme afin d'inviter l'Administration à régulariser sa décision est un pouvoir propre du juge³⁶³. C'est également le cas de son pouvoir d'injonction depuis la loi du 23 mars 2019 lui octroyant un pouvoir d'injonction d'office³⁶⁴. Le recours à une appréciation dynamique de la légalité ne semble pas, à la lecture de l'arrêt *Association des Américains accidentels* et des arrêts postérieurs, soumise à une quelconque sollicitation préalable de la part des parties. Le juge semble être en mesure d'y recourir dès lors que l'objectif d'assurer l'effet utile de son jugement le justifie. La question qui peut toutefois se poser est celle de savoir si ce dernier est tenu d'avertir les parties de son intention de déplacer son axe de contrôle de la légalité de la décision qui lui est soumise.

L'initiative de l'appréciation dynamique entre les mains des parties dans l'arrêt *Stassen* - Dans l'arrêt *Stassen*, en revanche, le Conseil d'Etat précise que s'il apparait que la mesure de suspension soumise au juge de l'excès de pouvoir est légale *ab initio*, il appartient à ce dernier, « *saisi de conclusions en ce sens* »³⁶⁵, d'apprécier, dans un second temps, la légalité de la décision à la date où il statue. Ainsi, il est expressément précisé ici que le juge doit être saisi par une des parties d'une demande tenant à ce qu'il se prononce sur la légalité de la décision au jour où il statue pour pouvoir faire usage de la technique d'appréciation dynamique

³⁶² CE, 28 fév. 2020, n°433886, *M. Stassen*

³⁶³ CE, 28 déc. 2017, n° 402362, *Société PCE* ; CE, 11 mars 2020, n°s 423164, 423165, *Société EQUIOM* ; CE, 2 oct. 2020, n°438318, *M. Barrieu*

³⁶⁴ Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

³⁶⁵ CE, 28 fév. 2020, n°433886, *M. Stassen*

de la légalité. Cette demande est principalement susceptible de provenir du demandeur qui souhaite bénéficier d'une évolution de circonstances de fait ou de droit défavorable à la légalité de la décision litigieuse, soit de l'Administration. Cependant, il pourrait être imaginé que l'Administration, s'il s'avère que sa décision est illégale *ab initio*, demande dans son mémoire en défense au juge de se prononcer à titre subsidiaire sur la légalité de sa décision au jour où il statue afin de tenir compte de sa régularisation du fait d'une évolution des circonstances de fait ou de droit entre le jour de son édicition et la date du jugement. Cela aboutirait, comme en droit de l'urbanisme, à une sorte de possibilité pour l'Administration de régularisation de ses décisions en cours d'instance. La question qui se pose cette fois-ci est celle de savoir si le juge de l'excès de pouvoir est en droit de refuser de recourir à une appréciation dynamique de la légalité. Cela amène également à la question de la nécessité de motiver le cas échéant un tel refus ainsi que celle du contrôle susceptible d'être opéré en appel ou en cassation sur la mise en œuvre de cette nouvelle prérogative.

Une éventuelle possibilité pour le requérant de hiérarchiser ses demandes selon la date à laquelle il souhaite être éclairé sur la légalité de l'acte - Tel que le proposent Clément Malverti et Cyrille Beaufiles³⁶⁶, il serait possible d'imaginer, selon une logique semblable à celle de l'arrêt *Société Eden*³⁶⁷, que ce soit le requérant qui, étant le plus à même de déterminer l'effet utile de son recours, indique au juge dans sa requête, en hiérarchisant ses prétentions, s'il préfère être éclairé sur la légalité de l'acte dans le passé ou seulement sur la légalité des effets présents et futurs de l'acte. En effet, comme dans l'arrêt *Stassen*, il serait tout à fait envisageable qu'à titre principal, le requérant sollicite l'annulation de l'acte *ab initio*, et qu'à titre subsidiaire, en cas de constat par le juge de la légalité de l'acte au jour de son édicition, il demande au juge d'opérer un second contrôle en se plaçant cette fois à la date à laquelle il statue. Cela reviendrait finalement à systématiser la solution retenue dans l'arrêt *Stassen*. Une telle solution pourrait être vue comme complexifiant le travail du juge de l'excès de pouvoir mais, en réalité, ce dernier réalise déjà depuis longtemps, lorsqu'il met en œuvre son pouvoir d'injonction, un contrôle de la légalité d'une décision en se plaçant à deux dates différentes selon qu'il exerce son office de juge de l'excès de pouvoir ou celui de juge de l'injonction.

Cela étant dit, se pose également la question de la date à laquelle le juge de l'excès de pouvoir se place pour apprécier la légalité de la décision. Doit-il nécessairement se placer au jour où il se prononce ou peut-il faire le choix de se placer à une autre date ?

³⁶⁶ C. MALVERTI, C. BEAUFILS, *art. cit.*

³⁶⁷ CE, 21 déc. 2018, n° 409678, *Société Eden*

B) Le questionnement sur la date de l'appréciation dynamique par le juge de la légalité

Problématiques générales relatives à la date d'appréciation de la légalité - Dans l'ensemble des arrêts rendus à la suite de l'arrêt *Association des Américains accidentels* dans lesquels le juge opère une appréciation dynamique de la légalité, celui-ci opère le contrôle de l'acte administratif qui lui est soumis « *au regard des règles applicables à la date de sa décision* »³⁶⁸. Mais que signifie « *à la date de sa décision* » ? S'agit-il de la date de lecture de la décision ? de la date de l'audience ? de la date de clôture de l'instruction ?³⁶⁹ En outre, le juge est-il obligé de se placer « *à la date de sa décision* » ? Ne peut-il pas, afin de s'approcher au plus près de la réalité, opérer son contrôle à une date antérieure, notamment à la date du changement de circonstances de droit ou de fait ayant rendu la décision illégale ou légale ?

Détermination de la « date de la décision » du juge administratif - Une évolution des circonstances de fait ou de droit est susceptible d'intervenir entre la date de la clôture d'instruction et l'audience ou entre la date de l'audience et la date de lecture de la décision. Dans ce cas, à quelle date le juge doit-il se placer pour apprécier la légalité de la décision ? Ne serait-il pas contraire à la logique pragmatique souhaitée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Association des Américains accidentels* que de ne pas tenir compte de l'intervention de tels changements avant la lecture de la décision ? Cependant, pour des considérations pratiques, ne serait-il pas préférable « *d'arrêter la montre à la date de l'audience ou de la clôture d'instruction* »³⁷⁰ ? Au-delà, des questions similaires peuvent se poser concernant la date à laquelle devra se placer le juge d'appel ou de cassation. Un éclaircissement sur ces différents aspects de la part du Conseil d'Etat serait bienvenu.

Proposition d'appréciation de la légalité de la décision à la date d'intervention du changement de circonstances concourant à sa légalité ou à son illégalité - En outre, une fois admis que le juge de l'excès de pouvoir puisse se placer, pour se prononcer sur la légalité de l'acte qui lui est soumis, à une date autre que la date de son édicton, pourquoi ne pas imaginer qu'il puisse opérer son contrôle au moment de son choix entre le jour d'édicton de la décision administrative et le jour où il rend sa décision ? En effet, il se peut parfaitement qu'une décision, légale *ab initio*, soit très rapidement devenue illégale suite à un changement

³⁶⁸ CE, Ass, 19 juillet 2019, n°424216, *Association des Américains accidentels*, consid. 6.

³⁶⁹ C. MALVERTI, C. BEAUFILS, *art. cit.*

³⁷⁰ *Ibid.*

de circonstances de droit ou de fait. Il se peut également que le juge soit saisi (ou ne se prononce sur sa légalité de la décision en question) que plusieurs années après. Dans ce cas, dans l'hypothèse où il recourt à une appréciation dynamique de la légalité en se prononçant au regard des circonstances existantes au jour où il statue, l'annulation, ou plutôt l'injonction d'abroger l'acte (ou de prendre une mesure positive) faite à l'Administration qu'il est susceptible de prononcer, ne produira des effets que pour l'avenir. Cependant, l'acte, s'il est illégal depuis un certain temps, a pu produire des effets antérieurement. Dans une démarche encore plus pragmatique, ne serait-il pas envisageable que le juge sanctionne cette illégalité dès son apparition, c'est-à-dire dès l'intervention du changement de circonstances l'ayant causé ? A l'inverse, s'il considère qu'au jour où il statue la décision est devenue légale, ne serait-il pas possible pour lui de prononcer une annulation de cette décision uniquement sur la période à laquelle elle était illégale (c'est-à-dire entre le jour de son édicition et le jour du changement de circonstances l'ayant rendue légale). Cela a d'ailleurs été proposé par Alexandre Lallet, dans ses conclusions sur l'arrêt *French Data Network et autres*³⁷¹ précité. En effet, celui-ci imagine qu'une « *annulation pour un motif de fond puisse être circonscrite à la période antérieure à sa "régularisation", par une forme d'application automatique de la jurisprudence AC !* »³⁷². De telles propositions s'inscrivent dans le mouvement actuel consistant pour le juge à rechercher des solutions pragmatiques, se rapprochant au plus près de la réalité, mais déterminer exactement la période sur laquelle un acte illégal a produit des conséquences peut s'avérer complexe.

Quoi qu'il en soit, le développement de techniques juridictionnelles visant à assurer l'effet utile des décisions rendues par le juge administratif a induit un véritable renouvellement de la conception même du recours pour excès de pouvoir. Face à ces évolutions, le juge de l'excès de pouvoir a dû renouveler sa façon de mener le procès administratif afin de se saisir pleinement de la palette d'outil à sa disposition. L'augmentation de ses pouvoirs s'accompagne toutefois d'une exigence de vigilance accrue de sa part quant à la sauvegarde de certaines garanties octroyées aux parties. A cet égard, ces dernières ont également vu leur rôle évoluer, dans un sens visant à leur octroyer de plus en plus de responsabilités.

³⁷¹ A. LALLET, ccl sur CE, Ass, 21 avril 2021, n^{os}393099, 394922, 397844, 397851, 424717, 424718, *French Data Network et a.*

³⁷² *Ibid.*

CHAPITRE 2 – LES CONSEQUENCES DU RENOUELEMENT DE L’OFFICE DU JUGE DE L’EXCES DE POUVOIR PAR L’EFFET UTILE SUR LE DEROULEMENT DU PROCES ADMINISTRATIF

Le mouvement de recherche d’effet utile et le développement de nouveaux instruments à disposition du juge de l’excès de pouvoir pour y parvenir ont conduit à un véritable renouvellement du procès administratif. En effet, s’agissant du juge, son rôle au cours de l’instruction des dossiers a été particulièrement renforcé notamment par l’extension du champ du relevé d’office (**section 1**). En outre, les parties, en particulier le demandeur, jouent un rôle accru dans la procédure de l’excès de pouvoir. Aujourd’hui, le requérant n’est plus là pour déclencher « *le procès fait à un acte* » et est désormais en mesure de formuler plus précisément ses demandes afin d’obtenir du juge la décision la plus à même de satisfaire ses intérêts (**section 2**).

Section 1 – L’évolution du rôle du juge de l’excès de pouvoir au stade de l’instruction

Un des aspects importants de l’office du juge administratif est son rôle dans la conduite de l’instruction³⁷³. Le développement de nouvelles techniques juridictionnelles visant notamment à lui permettre d’assurer l’effet utile de ses décisions a contribué à étendre le champ du relevé d’office du juge administratif au cours de l’instruction et ainsi renouveler sa place au sein du débat contentieux³⁷⁴ (§1). Cette nouvelle conception du rôle du juge au cours de l’instruction exige toutefois que ce dernier se montre davantage vigilant quant au respect des garanties procédurales offertes aux parties et notamment au principe du contradictoire (§2).

³⁷³ D. CHABERT, « Relevé d’office et instruction devant le juge administratif français », *DA* n°8-9, août-septembre 2019, p. 38

³⁷⁴ *Ibid.*

§ 1 - La recherche d'effet utile par le juge de l'excès de pouvoir dès le stade de l'instruction

L'instruction est l'étape de la procédure administrative contentieuse qui consiste à « *organiser les échanges et la contradiction entre les parties, en recueillant leurs mémoires et en les transmettant à la partie adverse pour lui permettre d'y répondre* »³⁷⁵. Cette étape est également celle qui permet au juge de recueillir des informations sur le litige qui lui est soumis afin de forger sa conviction. La procédure administrative contentieuse ayant un caractère inquisitorial, le juge administratif, ou plutôt le rapporteur en charge du dossier, occupe une place centrale dans la conduite des débats entre les parties (A), mais également et de plus en plus, grâce à une extension constante du champ du relevé d'office, dans l'orientation et l'enrichissement de la discussion (B).

A) La figure centrale du juge administratif dans la conduite de la procédure administrative contentieuse

Le caractère inquisitorial de la procédure administrative contentieuse - La procédure administrative contentieuse est dite inquisitoire ou inquisitoriale³⁷⁶. Cela implique que son déroulement est placé directement sous la direction du juge administratif³⁷⁷. Cette caractéristique, affirmée de longue date, est aujourd'hui codifiée à l'article R. 611-10 du code de justice administrative³⁷⁸. En jouant un rôle d'intermédiaire entre les parties, qui n'ont aucun contact direct entre elles, le juge occupe un rôle central dans la mise en état du dossier. En effet, il est d'abord chargé d'assurer la mise en œuvre et le respect du principe du contradictoire en procédant à la communication des mémoires et des pièces entre les parties. En outre, c'est lui qui définit le rythme de l'instruction en déterminant le calendrier de son déroulement. Enfin, il a pour rôle de mener les investigations nécessaires afin de forger sa conviction dans le sens qui lui paraît le plus conforme à la réalité³⁷⁹.

³⁷⁵ G. EVEILLARD, « Les terres mêlées de l'instruction et du jugement », *DA*, n°8-9, août- septembre 2019

³⁷⁶ A l'inverse, la procédure est accusatoire lorsqu'elle reste dans les mains des parties ; c'est le cas en procédure civile.

³⁷⁷ C. BROUELLE, *op. cit.*, p. 194

³⁷⁸ Art. R.611-10 du CJA, al. 1 : « *Sous l'autorité du président de la chambre à laquelle il appartient et avec le concours du greffier de cette chambre, le rapporteur fixe, eu égard aux circonstances de l'affaire, le délai accordé aux parties pour produire leurs mémoires. Il peut demander aux parties, pour être jointes à la procédure contradictoire, toutes pièces ou tous documents utiles à la solution du litige* »

³⁷⁹ Voir par ex. CE, 25 fév. 1987, n° 69714, *Ferrucci*, (cité par R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 865)

Le rôle actif du juge administratif dans la recherche de la vérité - Au cours de l'instruction, le juge administratif, et en particulier le magistrat rapporteur en charge du dossier, joue un rôle véritablement actif dans la recherche de la vérité³⁸⁰. Il n'attend pas de façon passive que les parties lui apportent les éléments lui permettant d'établir sa conviction. Il lui appartient de rechercher dans les pièces du dossier, et au besoin en recourant à des mesures d'instruction³⁸¹, toute information lui permettant de forger sa conviction sur le litige qui lui est soumis. Ces mesures d'instruction peuvent prendre différentes formes. Il peut s'agir d'une demande d'explication ou de document à l'une ou l'autre des parties, la consultation d'un tiers³⁸², la réalisation d'une enquête³⁸³ ou d'une visite des lieux³⁸⁴, le recours à une expertise³⁸⁵, etc.³⁸⁶ En outre, le juge administratif dirige « *seul* »³⁸⁷ l'instruction dès lors qu'il n'est jamais tenu de faire droit à une demande de mesure d'instruction formulée par une des parties et n'est pas tenu de motiver son refus³⁸⁸. Outre son rôle de meneur de la procédure contradictoire, le juge administratif peut également apporter certains éléments nouveaux au débat dès lors que ces derniers relèvent du champ du « *relevé d'office* »³⁸⁹. C'est depuis longtemps le cas des moyens d'ordre public qu'il est susceptible de relever d'office.

Définition des moyens relevés d'office - Un moyen d'ordre public est un « *moyen, qui touche à un principe essentiel du droit* »³⁹⁰. Il revêt une importance telle que cela justifie que le juge administratif puisse l'examiner d'office, alors même qu'il n'a pas été soulevé par les parties³⁹¹. Sont des moyens d'ordre public pratiquement tous les moyens tirés de l'irrecevabilité de la demande du requérant³⁹² (intérêt à agir, exercice préalable d'un recours administratif lorsque cela est obligatoire, respect des délais de recours contentieux, etc.) et ceux de la compétence de la juridiction saisie³⁹³. C'est également le cas de l'incompétence de l'auteur d'un acte administratif³⁹⁴, de la rétroactivité d'un règlement³⁹⁵, de la méconnaissance de l'autorité

³⁸⁰ C. BROUELLE, *op. cit.*, p. 194

³⁸¹ R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 865

³⁸² Art. R.625-2 et R.625-3 du CJA

³⁸³ Art. R.623-1 et s. du CJA

³⁸⁴ Art. R. 622-1 du CJA

³⁸⁵ Art. R.621-1 et s. du CJA

³⁸⁶ C. BROUELLE, *op. cit.*, p. 209 et s.

³⁸⁷ R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 837

³⁸⁸ CE, Sect., 20 juin 1997, n°139493, *Theux*

³⁸⁹ D. CHABERT, *art. cit.*

³⁹⁰ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 24^{ème} éd., 2016-2017, p.717

³⁹¹ A. BREAL, « Conclusions et Moyens », *JCI Administratif*, fasc. 1086

³⁹² D. CHABANOL, B. BONNET, *op. cit.*, p.230

³⁹³ *Ibid.*

³⁹⁴ CE, 10 février 1956, *Thorame*, Rec. p. 733

³⁹⁵ CE, Sect., 8 nov. 1968, n°72371, *Menez*

absolue de la chose jugée³⁹⁶, ou encore lorsque l'Administration a méconnu le champ d'application de la loi³⁹⁷, etc.

Moyen d'ordre public et enrichissement du débat contentieux - Lorsque le juge administratif soulève un moyen d'ordre public, il va contribuer à enrichir le débat contentieux³⁹⁸ et à l'orienter vers des nouveaux aspects. La « *matière litigieuse* »³⁹⁹ présente devant le juge n'est ainsi pas uniquement déterminée par les parties⁴⁰⁰. Cette possibilité pour le juge de soulever d'office des moyens d'ordre public, et qui déroge à la règle de l'*ultra petita*⁴⁰¹, est toutefois encadrée. En effet, la contribution du juge au débat contentieux dépend des pièces du dossier. En effet, seuls les moyens qui ressortent des productions des parties peuvent être soulevés d'office⁴⁰². Il est interdit au juge de mener des investigations aux fins de rechercher s'il n'y aurait pas lieu de soulever d'office un moyen d'ordre public⁴⁰³. Par exemple, si la partie défenderesse ne soulève pas le moyen tiré de la tardiveté du recours formé par le demandeur et que le dossier ne permet pas de laisser penser une telle tardiveté, le juge ne peut pas mener des investigations de façon à déterminer s'il la requête est tardive ou non⁴⁰⁴. Le juge peut toutefois faire usage de son pouvoir d'instruction pour vérifier la véracité des indications fournies dans le dossier et qui pourraient conduire, si elles s'avèrent vraies, à soulever d'office un moyen⁴⁰⁵. En outre, lorsqu'il entend soulever un moyen d'office, le juge est en principe tenu d'en informer préalablement les parties et de leur laisser un délai afin qu'elles puissent formuler des observations à cet égard⁴⁰⁶. En cela, les parties sont amenées à rebondir sur les points relevés d'office par le juge et pouvoir éventuellement apporter des éléments nouveaux qui vont permettre au juge de forger sa conviction. Un tel processus concourt ainsi au « *processus d'élaboration de la décision qui viendra mettre fin au litige* »⁴⁰⁷.

³⁹⁶ CE, 22 mars 1961, Simonet, Rec. 211

³⁹⁷ C. BROUELLE, *op. cit.*, p.179-180

³⁹⁸ D. CHABERT, *art. cit.*

³⁹⁹ C. BROUELLE, *op. cit.*, p.178

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ D. CHABANOL, B. BONNET, *op. cit.*, p.230

⁴⁰² CE, 14 nov. 1980, n°171772, *Union départemental des syndicats CFDT du Tarn*

⁴⁰³ CE, 21 octobre 1959, *Korsec*, Rec. p.533

⁴⁰⁴ C. BROUELLE, *op. cit.*, p.178

⁴⁰⁵ CE, 13 fév. 1987, n° 42833, *Morel*

⁴⁰⁶ Art. R.611-7 du CJA al. 1 : « *Lorsque la décision lui paraît susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office, le président de la formation de jugement ou le président de la chambre chargée de l'instruction en informe les parties avant la séance de jugement et fixe le délai dans lequel elles peuvent, sans qu'y fasse obstacle la clôture éventuelle de l'instruction, présenter leurs observations sur le moyen communiqué* »

⁴⁰⁷ D. CHABERT, *art. cit.*

Évolution du champ du relevé d'office - De manière générale, la procédure administrative contentieuse se trouve renouvelée par le développement des techniques de relevé d'office qui offrent au juge administratif des possibilités de plus en plus nombreuses de prendre part au débat contentieux. Il y a quelques années, certains auteurs regrettaient le caractère limité des pouvoirs attribués au juge administratif inquisiteur pour mener à bien sa mission. Daniel Chabanol faisait à cet égard remarquer que le juge administratif disposait surtout du « *pouvoir de dire non* »⁴⁰⁸, c'est-à-dire de refuser de communiquer telle ou telle pièce, ou d'instruire telle ou telle requête, et trop peu de possibilités de mettre en œuvre des mesures d'instruction positives dès lors que de telles prérogatives ne pouvaient être utilisées qu'à fin « *d'apporter les réponses aux questions que lui ont posé les parties* »⁴⁰⁹. Seuls les moyens d'ordre public, qu'il est susceptible de soulever d'office, permettaient au juge administratif de faire « *irruption dans le litige* »⁴¹⁰ dans les conditions pré-exposées. Cependant, il est aujourd'hui possible d'observer un mouvement allant dans le sens d'un élargissement du champ du relevé d'office au-delà des seuls moyens d'ordre public. Cela s'accompagne d'un véritable changement d'état d'esprit de la part du législateur et du juge de l'excès de pouvoir quant au rôle de ce dernier au cours de l'instruction. En effet, celui-ci ne cherche plus exclusivement à déterminer si l'acte soumis à contrôle est légal ou non. Aujourd'hui, le juge tient compte des effets que ses décisions sont susceptibles de produire. Dès lors, dès l'instruction, il recherche les éléments permettant de concourir rapidement au rétablissement de la légalité et à la satisfaction du requérant afin de mettre fin au litige.

Les récents instruments mis à disposition du juge de l'excès de pouvoir afin de lui permettre d'assurer l'effet utile de ses décisions contribuent à cette extension du champ du relevé d'office au-delà des moyens d'ordre public.

B) L'extension du champ du relevé d'office dans l'instruction par de nouveaux instruments contentieux

Possibilité pour le juge de soulever certains moyens qui ne sont pas d'ordre public - Afin de ne pas prononcer d'annulations inopportunes, le juge est également autorisé à soulever

⁴⁰⁸ D. CHABANOL, « Du dialogue du juge et des parties. Réflexions sur la procédure administrative contentieuse », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de D. LABETOULLE*, Dalloz, 2007, p. 150 et s.

⁴⁰⁹ *Ibid.*

⁴¹⁰ *Ibid.*

certaines autres que des moyens d'ordre public, y compris en dehors de tout moyen soulevé en ce sens par les parties⁴¹¹. C'est depuis un certain temps déjà le cas lorsqu'il désire faire usage des techniques de substitution de base légale, de neutralisation ou d'une substitution de motifs⁴¹². C'est également le cas lorsqu'il désire mettre en œuvre sa jurisprudence *AC ! et autre*⁴¹³ qui lui permet de moduler dans le temps les effets de sa décision. Dans tous ces différents cas, le juge doit préalablement informer les parties qu'il entend faire usage d'une telle technique et les mettre à même de formuler des observations⁴¹⁴.

Le renforcement du relevé d'office dans l'instruction visant à assurer l'effet utile des décisions rendues par le juge administratif - Aujourd'hui, ce mouvement de renforcement de la place du relevé d'office s'illustre particulièrement à travers l'octroi au juge administratif – par le législateur ou le Conseil d'État lui-même – de techniques procédurales nouvelles⁴¹⁵ lui permettant d'assurer à ses décisions un effet utile. En effet, afin de s'assurer que l'instruction ne le mène pas à prononcer une annulation platonique de la décision qui lui est soumise, il peut désormais, lorsque les parties ne le demandent pas expressément, soulever le fait qu'un moyen est susceptible de faire l'objet d'une régularisation sur le fondement des articles L.600-5, L.600-5-1 ou encore L.600-9 du code de l'urbanisme. Depuis peu, il peut également considérer que l'exécution de sa décision implique une mesure d'injonction.

Relevé d'office et régularisation en cours d'instance en droit de l'urbanisme - La mise en œuvre des mécanismes prévus aux articles L.600-5-1 et L.600-9 du code de l'urbanisme qui permettent la régularisation d'une autorisation d'urbanisme ou d'un document d'urbanisme affecté un vice de légalité en cours d'instance peut être sollicitée en cours d'instance par les parties. Il est d'ailleurs fréquent que, dans un mémoire en défense, le titulaire d'une autorisation d'urbanisme fasse valoir que le vice qui entache son autorisation est régularisable ou encore qu'une collectivité territoriale sollicite la régularisation de son document d'urbanisme. Cependant, en cas d'absence de sollicitation en ce sens par les parties, le juge peut faire usage d'office de ces procédés de régularisation dès lors qu'il estime que cela aura

⁴¹¹ C. BROUELLE, *op. cit.*, p.191

⁴¹² *Ibid.*

⁴¹³ CE, Ass., 11 mai 2004, n°255886, *Association AC ! et a.*

⁴¹⁴ Lorsqu'il souhaite opérer une substitution de base légale : CE, Sect., 3 déc. 2003, n°240267, *Préfet de la Seine-Maritime c/ El Bahi* ; lorsqu'il souhaite procéder à une substitution de motifs : CE, Sect., 6 fév. 2004, n°240560, *Hallal* ; lorsqu'il s'agit de moduler les effets dans le temps de ses décisions : CE, Ass., 11 mai 2004, n°255886, *Association AC ! et a.*

⁴¹⁵ D. CHABERT, *art. cit.*

pour effet de rendre une décision utile à l'issue de la procédure. Il ne pourra véritablement mettre en œuvre cette technique qu'après avoir mis à même les parties de présenter leurs observations⁴¹⁶, lesquelles peuvent potentiellement l'amener à renoncer à la mise en œuvre d'une procédure de régularisation.

Relevé d'office et injonction d'office - Depuis la loi du 23 mars 2019⁴¹⁷, le juge administratif est également à même de mettre en œuvre d'office son pouvoir d'injonction prévu aux articles L. 911-1 et L. 911-2 du code de justice administrative, qu'il s'agisse d'ordonner à l'Administration de prendre une mesure dans un sens déterminé⁴¹⁸ ou de lui ordonner de procéder au réexamen de la demande du requérant⁴¹⁹. Jusqu'alors, le juge administratif ne pouvait faire usage de son pouvoir d'injonction qu'à condition d'être saisi de conclusions en ce sens de la part du requérant. Désormais, s'il estime que l'effet utile de l'annulation pour excès de pouvoir qu'il s'apprête à prononcer le nécessite⁴²⁰, il peut prendre l'initiative d'accompagner cette annulation de mesures d'injonction. Là encore, cela implique que les parties aient été mises à même de débattre de l'opportunité de la mise en œuvre par le juge de son pouvoir d'injonction d'office⁴²¹.

Inclusion de l'appréciation dynamique de la légalité dans le champ du relevé d'office ? - Enfin, se pose la question de l'intégration dans le champ du relevé d'office du juge de l'excès de pouvoir, au stade de l'instruction, de la possibilité pour ce dernier de recourir à une appréciation dynamique de la légalité, c'est-à-dire de se placer pour statuer sur la légalité de l'acte administratif qui lui est soumis, non pas à la date de son édicton (tel qu'il le fait traditionnellement en recours pour excès de pouvoir), mais à la date où il statue sur le litige. Dans le cas particulier de l'arrêt *Stassen*⁴²², le Conseil d'État semble avoir expressément exclu la possibilité pour le juge administratif de recourir d'office à une analyse de la légalité en deux temps d'une mesure de suspension provisoire prise à l'encontre d'un sportif. En revanche, dans le considérant posé par la jurisprudence *Association des Américains accidentels*, le Conseil d'État ne précise pas si le juge peut procéder d'office à un déplacement de son axe de contrôle de la légalité ou s'il doit nécessairement être saisi d'une demande en ce sens de la

⁴¹⁶ *Ibid.*

⁴¹⁷ Loi n°2019-222 du 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

⁴¹⁸ Art. L911-1 du CJA

⁴¹⁹ Art. L911-2 du CJA

⁴²⁰ CE, 6 déc. 2019, n°391000, *Mme X*, (cité par C. BROUELLE, *op. cit.*, p.319)

⁴²¹ Art. R.611-7-3 du CJA

⁴²² CE, 28 fév. 2020, n°433886, *M. Stassen*

part des parties⁴²³. A supposer qu'il puisse mettre en œuvre cette nouvelle technique contentieuse d'office, ne devrait-il pas – compte tenu de l'influence que peut avoir la date à laquelle il se place pour opérer son contrôle sur l'issue du litige – soumettre préalablement aux parties son intention d'y procéder afin de leur permettre d'en débattre ? Ces dernières pourraient dès lors être amenées à faire valoir des arguments en faveur ou en défaveur de cette appréciation dynamique de la légalité. Cela pourrait en outre permettre au juge de déterminer avec plus de précision ce qu'attend le requérant de son recours. En particulier, cela pourrait amener le requérant à préciser au juge, pour reprendre les termes de Clément Malverti et Cyrille Beaufils, s'il entend être éclairé « *sur la légalité de l'acte dans le passé ou [s'il est] seulement intéressé par ses effets futurs* »⁴²⁴.

Tous ces instruments concourent à un élargissement du champ du relevé d'office du juge administratif et lui permettent d'enrichir le débat contentieux afin de forger sa conviction au plus près de la réalité et de trancher le litige qui lui est soumis le plus utilement possible. Cependant, cet objectif du juge de conférer un effet utile à ses décisions ne doit pas se faire au détriment des garanties procédurales offertes aux parties.

§ 2 - La nécessité pour le juge de l'excès de pouvoir de préserver les principes essentiels du procès

Le juge administratif doit exercer son office de façon neutre et impartiale. Cependant, certains moyens qu'il peut soulever d'office, afin de permettre de donner à la décision qu'il est susceptible de rendre un effet utile, présentent le risque d'exercer une influence sur le sens de cette décision pouvant aller en faveur de l'une ou l'autre des parties (A). Ainsi, le juge doit veiller à ce que l'usage de ces nouveaux instruments contentieux ne porte pas atteinte au principe du contradictoire (B).

A) Les risques maîtrisés de déséquilibre entre les parties

Neutralité et impartialité du juge administratif - Le juge administratif, comme tout juge est tenu d'être impartial⁴²⁵. Cela signifie que ce dernier ne doit pas avoir de parti pris (ou être

⁴²³ Voir à cet égard Partie 2, chapitre 1, section 2, §2, A

⁴²⁴ C. MALVERTI, C. BEAUFILS, *art. cit.*

⁴²⁵ Affirmé dans l'arrêt CE, Ass, 6 avril 2001, n^{os} 206764, 206767, *SA Entreprise Razel frère* ; consacré comme principe général du droit depuis l'arrêt CE, 28 avril 2005, n^{os} 261706, 261712, *Karsenty*

suspecté d'avoir un parti pris) en faveur de l'une ou l'autre des parties⁴²⁶. Cependant, lorsque le juge de l'excès de pouvoir fait usage de son pouvoir de régularisation ou d'injonction d'office, ou bien lorsqu'il recourt à une appréciation dynamique de la légalité, cela influe sur le sens de la décision qu'il s'apprête à rendre et peut être vu comme devenant « *l'allié objectif de la partie en faveur de laquelle peut jouer [la technique contentieuse] et, par effet miroir, l'adversaire de l'autre partie* »⁴²⁷. Cette impression de partialité du juge pour l'une ou l'autre des parties peut s'illustrer par plusieurs exemples.

Le cas de la mise en œuvre par le juge de son pouvoir de régularisation en droit de l'urbanisme - Lorsque le juge décide de sursoir à statuer en cours d'instance pour permettre à l'Administration de régulariser sa décision, il pourrait être accusé par le requérant de connivence avec l'Administration dès lors que, si le juge fait le choix de mettre en œuvre la procédure prévue à l'article L. 600-5-1 ou L. 600-9 du code de l'urbanisme, c'est qu'il a, au préalable, identifié la présence d'un vice au sein de l'acte litigieux. En effet, lorsque le juge décide de surseoir à statuer en cours d'instance, c'est qu'il admet que le requérant « *avait probablement raison* »⁴²⁸ quant à l'illégalité de la décision attaquée. Pourtant, si l'Administration régularise sa décision dans le délai imparti, le recours du requérant sera rejeté et ce dernier deviendra « *la partie perdante dans [l'] affaire, alors qu'il avait vu juste...* »⁴²⁹. Cela est d'autant plus vrai lorsque ce dernier se voit condamné au paiement des frais non compris dans les dépens⁴³⁰.

Le cas de la mise en œuvre par le juge administratif de son pouvoir d'injonction d'office - A l'inverse, lorsque le juge fait usage de son pouvoir d'injonction d'office, il pourrait être accusé par l'Administration de favoriser le requérant en l'aidant dans la formulation de ses demandes. Cela est cependant à nuancer dès lors que fréquemment, lorsqu'un particulier forme un recours devant le juge de première instance sans le concours d'un avocat, le juge tient compte du déséquilibre susceptible d'exister entre le requérant – souvent inexpérimenté en matière de procédure administrative contentieuse – et l'Administration qui dispose quant à elle de services juridiques efficaces. Le juge de l'excès de pouvoir, notamment de première

⁴²⁶ R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1019

⁴²⁷ D. CHABERT, *art. cit.*

⁴²⁸ F. MARTIN, « La légende de l'annulation », *RFDA* 2021, p.134

⁴²⁹ *Ibid.*

⁴³⁰ CE, 19 juin 2017, n° 394677, *Syndicat des copropriétaires de la résidence Butte Stendhal* (cité par B. SEILLER, *art. cit.*)

instance, est ainsi régulièrement amené à requalifier les moyens présentés par le requérant de façon à leur donner un sens juridique.

Le cas du recours par le juge administratif à une appréciation dynamique de la légalité

- Enfin, le recours par le juge de l'excès de pouvoir à une appréciation dynamique de la légalité lui permettant de se prononcer sur la légalité de la décision qui lui est soumise au jour où il statue peut avoir pour effet de bénéficier soit davantage au requérant, soit davantage à l'Administration selon le litige. En effet, cette technique peut dans certains cas permettre de sauver l'acte litigieux d'une annulation certaine. C'est le cas des décisions initialement illégales, qui, du fait d'un changement de circonstances postérieures, sont devenues légales au jour où le juge se prononce. Pour les mêmes raisons qu'en matière de régularisation en contentieux de l'urbanisme, le requérant peut dans ce cas penser que le juge a souhaité favoriser l'Administration. La situation s'inverse toutefois lorsque l'appréciation dynamique de la légalité conduit le juge à annuler l'acte administratif qui lui est soumis alors même qu'il était légal au jour où il a été pris par l'Administration. Dans les deux cas, une des problématiques qui se pose est celle de la possibilité pour le requérant d'obtenir une réparation indemnitaire en cas de préjudice causé par l'existence d'un acte illégal durant un certain laps de temps (soit de son origine à la survenance du changement de circonstances l'ayant rendu légal, soit de la survenance du changement de circonstances l'ayant rendu illégal et le jour du prononcé par le juge de son annulation). En effet, en principe, le constat d'une illégalité par le juge permet au requérant d'engager la responsabilité de l'Administration pour faute. Or, si le juge se contente de valider ou d'annuler un acte en se plaçant à la date de son jugement, comment le requérant pourra-t-il se prévaloir de l'existence d'une illégalité fautive de l'Administration ?

La question du bénéficiaire de l'effet utile - La question plus générale qui se pose finalement est celle de la détermination du bénéficiaire de l'effet utile de la décision que le juge s'apprête à rendre. Ce bénéficiaire peut tantôt être le requérant, tantôt l'Administration. Cela dépend notamment des outils que le juge entend mettre en œuvre. Dès lors, afin d'éviter d'être accusé de partialité envers l'une ou l'autre des parties, il incombe à ce dernier, lorsqu'il fait usage d'une de ses prérogatives susceptibles d'avoir une influence sur la solution du litige, de mettre à même les parties de formuler des observations et de débattre sur l'opportunité du recours à cet instrument.

Ainsi, l'utilisation par le juge de techniques visant à assurer l'effet utile de ses décisions rend d'autant plus important pour lui de veiller au respect du principe du contradictoire.

B) La protection adaptée du principe du contradictoire

Signification du principe du contradictoire⁴³¹ - Le caractère contradictoire de l'instruction est énoncé dès l'article L.5 du code de justice administrative⁴³². Pour le Conseil Constitutionnel, ce principe est un corolaire au principe constitutionnel des droits de la défense⁴³³ et est une composante du principe d'égalité devant la justice⁴³⁴ en vertu duquel tous les justiciables doivent avoir un égal accès à la justice et un traitement égal pendant le déroulement et à l'issue de la procédure⁴³⁵. Pour le Conseil d'État, le principe du contradictoire a valeur de principe général du droit⁴³⁶. Au sens strict, ce principe « *interdit au juge de statuer sur une requête sans avoir préalablement mis les parties à même de présenter leurs arguments, de façon égalitaire* »⁴³⁷. Cela n'implique qu'aucune des parties dans le débat juridictionnel ne soit défavorisée par rapport à l'autre⁴³⁸. De façon plus large, ce principe « *impose de soumettre aux parties toutes données de droit ou de fait susceptibles d'exercer une influence sur l'issue du procès, afin qu'elle soit discutée et critiquée* »⁴³⁹. Le juge administratif est tenu d'assurer la mise en œuvre du principe du contradictoire entre les parties et il lui est interdit de fonder sa décision sur des éléments qui n'auraient pas été versés au débat contradictoire⁴⁴⁰. Ce principe est à la fois une garantie pour les parties⁴⁴¹ et un instrument primordial pour le juge dès lors que cela lui permet de recueillir des informations afin de forger sa conviction.

⁴³¹ Voir à cet égard les travaux de Pascale Idoux sur le contradictoire en droit administratif français (P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif français*, Faculté de droit de Montpellier - collection des thèses, t. 2, 2005, 924 p.).

⁴³² Art. L.5 du CJA : « *L'instruction des affaires est contradictoire. Les exigences de la contradiction sont adaptées à celles de l'urgence, du secret de la défense nationale et de la protection de la sécurité des personnes* »

⁴³³ Cela est affirmé spécifiquement en matière de procédure administrative dans la décision Cons. Constit., du 21 décembre 1972, n°72-75 L, dite « *procédure fiscale* »

⁴³⁴ Principe affirmé par le Conseil constitutionnel dans sa décision Cons. Constit., 23 juillet 1975, n°75-56 DC, dite « *juge unique* »

⁴³⁵ R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 187

⁴³⁶ CE, Ass., 12 oct. 1979, n°s 01875, 01905, 01948 et 01951, *Rassemblement des nouveaux avocats de France*

⁴³⁷ P. IDOUX, *op. cit.*, p.16

⁴³⁸ CE, Sect., 20 avril 2005, n°s 261706, 261712, *Karsenty*

⁴³⁹ C. BROYELLE, *op. cit.*, p.195

⁴⁴⁰ *Ibid.*

⁴⁴¹ Le contradictoire permet notamment d'assurer l'égalité des armes entre les parties. Ce principe, consacré par la CEDH dans son arrêt *Dombo Beheer c/ Pays Bas* (CEDH, 27 octobre 1993, n°14448/88, *Dombo Beheer c/ Pays Bas*), veut que les parties à un litige disposent des mêmes moyens pour triompher.

Application du principe aux moyens d'ordre public soulevés d'office par le juge - Depuis le décret n°92-77 du 22 janvier 1992⁴⁴² le principe du contradictoire ne s'applique plus seulement aux productions des parties ou aux données obtenues suite à des mesures d'instruction ordonnées par le juge (demande de pièces, de renseignement, expertise, *etc.*) mais également aux moyens que le juge introduit lui-même au débat contentieux. Aujourd'hui, cela est codifié à l'article R. 611-7 du code de justice administrative⁴⁴³ s'agissant des moyens d'ordre public. Cette obligation est à mettre en lien avec l'exigence de loyauté⁴⁴⁴ qui pèse sur le juge envers les parties du fait de son statut⁴⁴⁵. Cela implique pour le juge lorsqu'il souhaite soulever d'office un moyen qui n'a pas été soulevé par les parties et susceptible de fonder sa décision⁴⁴⁶, d'en informer préalablement le requérant et le défendeur et de leur laisser un délai pour présenter des observations et le cas échéant débattre sur ce nouveau moyen.

Elargissement du champ du principe du contradictoire à d'autres initiatives du juge - Le Conseil d'État et le législateur ont progressivement contribué à étendre l'application du principe du contradictoire à d'autres initiatives du juge⁴⁴⁷. C'est d'abord le cas lorsque le juge souhaite opérer une substitution de base légale⁴⁴⁸ ou une substitution de motifs⁴⁴⁹. C'est également le cas lorsqu'il a l'intention de procéder à une modulation des effets dans le temps de ses décisions⁴⁵⁰. Les dispositions du code de l'urbanisme qui offrent la possibilité au juge de permettre à l'Administration de régulariser certaines autorisations d'urbanisme ou documents d'urbanisme imposent également le respect du principe du contradictoire. Par exemple, l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme permet au juge de sursoir à statuer « *après avoir invité les parties à présenter leurs observations* »⁴⁵¹. Cette même exigence lui est imposée au moment où il statue après l'intervention d'une mesure de régularisation de

⁴⁴² Décret n° 92-77 du 22 janvier 1992 portant dispositions diverses relatives à la procédure administrative contentieuse

⁴⁴³ Art. R. 611-7 al. 1 du CJA : « *Lorsque la décision lui paraît susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office, le président de la formation de jugement ou le président de la chambre chargée de l'instruction en informe les parties avant la séance de jugement et fixe le délai dans lequel elles peuvent, sans qu'y fasse obstacle la clôture éventuelle de l'instruction, présenter leurs observations sur le moyen communiqué* »

⁴⁴⁴ Voir à cet égard : J-F. GOUJON-FISCHER, « L'office du juge et la loyauté de la procédure », in J-F LAFIAIX (dir.), *op. cit.*, p.213 et s.

⁴⁴⁵ Qui lui impose d'être neutre et impartial et placé dans une situation d'extériorité par rapport au débat (C. BROUELLE, *op. cit.*, p.201)

⁴⁴⁶ CE, 12 mars 2012, n° 343209, *Mme M.*

⁴⁴⁷ J-F. GOUJON-FISCHER, « L'office du juge et la loyauté de la procédure », in J-F LAFIAIX (dir.), *op. cit.*, p.213 et s.

⁴⁴⁸ CE, Sect., 3 déc. 2003, n°240267, *Préfet de la Seine-Maritime c/ El Bahi*

⁴⁴⁹ CE, Sect., 6 fév. 2004, n°240560, *Hallal*

⁴⁵⁰ CE, Ass., 11 mai 2004, n°255886, *Association AC ! et a.*

⁴⁵¹ Art. L.600-5-1 du code de l'urbanisme.

l'Administration dans le délai prévu à cet effet. Enfin, depuis le décret du 30 décembre 2019⁴⁵², le juge est tenu de solliciter les observations des parties avant de mettre en œuvre son pouvoir d'injonction d'office⁴⁵³. Dès lors, à chaque fois que le juge intervient d'office au sein de la procédure et que cela est susceptible d'influencer l'issue du litige dans un sens ou dans un autre, le principe du contradictoire doit être respecté. Cela permet aux parties de débattre du moyen ou de la technique contentieuse soulevée par le juge et ainsi atténuer le risque d'accusation de parti pris envers le juge. C'est pourquoi il pourrait être opportun de soumettre au contradictoire l'usage par le juge de l'excès de pouvoir d'une appréciation dynamique de la légalité dès lors qu'une telle technique contentieuse exerce nécessairement une influence sur l'issue du litige.

Le développement de nouveaux outils à la disposition du juge de l'excès de pouvoir lui permettant d'assurer l'effet utile de ses décisions implique, lorsqu'il en fait usage, que de nouveaux éléments soient soumis au débat, en dehors de ceux mis en avant par les parties. Afin de préserver son image de juge neutre et impartial, le juge administratif doit dès lors veiller scrupuleusement à garantir aux parties le respect du principe du contradictoire. Cela est d'autant plus important que les évolutions successives du recours pour excès de pouvoir ont également eu des conséquences pour les parties dans leur façon d'appréhender le procès administratif.

Section 2 - La mutation du rôle des parties dans la procédure contentieuse de l'excès de pouvoir

Le juge de l'excès de pouvoir a progressivement été doté d'une palette d'instruments de plus en plus diversifiée afin de rendre des décisions plus utiles et efficaces. Cette diversification des techniques contentieuses à disposition du juge administratif entraîne une diversification des issues possibles du litige. Cette sophistication du recours pour excès de pouvoir permettant une meilleure prise en compte des intérêts des parties a eu pour corolaire une responsabilisation accrue des parties et notamment du requérant qui ne joue désormais plus le rôle de simple « *jeton qu'on introduit dans l'appareil et qui déclenche le mécanisme* »

⁴⁵² Décret n° 2019-1502 du 30 décembre 2019 portant application du titre III de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et autres mesures relatives à la procédure contentieuse administrative

⁴⁵³ C. BROUELLE, *op. cit.*, p.202

contentieux »⁴⁵⁴. En effet, par les conclusions et les moyens qu'il soulève, il contribue aujourd'hui davantage à la résolution du litige dès lors qu'il va pouvoir orienter le juge vers l'utilisation de tels ou tels outils contentieux (§ 1). Cette évolution a toutefois l'inconvénient d'opérer une véritable complexification du recours pour excès de pouvoir ; complexification allant à rebours de la conception originaire du recours pour excès de pouvoir se voulant être un recours simple et accessible (§ 2).

§ 1 - La sophistication du recours pour excès de pouvoir participant à la responsabilisation des parties

Grâce à la diversification des outils contentieux progressivement mis à la portée du juge administratif, les issues potentielles du recours pour excès de pouvoir se sont également étoffées. L'identification par le juge d'un vice entachant l'acte qui lui est soumis n'entraîne plus nécessairement l'annulation de ce dernier et cette annulation, le cas échéant, ne conduit plus nécessairement à une remise en cause rétroactive des effets de l'acte. À cela s'ajoute la possibilité pour le juge d'assortir sa décision de mesure d'injonctions diverses et variées. À compter de là, le requérant se doit de préciser au mieux ses demandes afin d'obtenir du juge une réponse la plus conforme à ses attentes. Dès lors, l'issue du litige repose davantage sur ses épaules (A). Cette responsabilisation du requérant est d'autant plus vraie depuis que ce dernier dispose de la faculté de hiérarchiser ses prétentions (B).

A) Une implication renforcée des parties quant aux différentes issues du litige

Le rôle initialement restreint des parties dans le procès pour excès de pouvoir - Le recours pour excès de pouvoir a longtemps été présenté comme « *un procès fait à un acte* »⁴⁵⁵ c'est-à-dire comme « *un procès sans véritables parties, focalisé sur la question de la légalité de la décision et de son sort (annulation ou maintien)* »⁴⁵⁶. Certes, la saisine du juge administratif nécessitait l'intervention d'un requérant et impliquait l'intervention d'un représentant de l'Administration ayant adopté l'acte contesté pour le défendre, mais les parties jouaient un rôle assez secondaire dans le litige. Si le requérant pensait agir contre l'acte dans son intérêt

⁴⁵⁴ J. RIVERO, *Une crise sous la V^{ème} République, de l'arrêt Canal à l'affaire Canal. Le Conseil d'État de l'an VIII à nos jours, Livre jubilaire du deuxième centenaire*, AdamBiro 1999, p. 36 (cité par B. SEILLER, *art. cit.*)

⁴⁵⁵ E. LAFERRIERE, *op. cit.*, p. 561

⁴⁵⁶ C. BROUELLE, *op. cit.*, p.59

personnel, il jouait davantage le rôle « *d'un ministère public poursuivant la répression d'une infraction* »⁴⁵⁷ dès lors que son recours servait davantage à obtenir le rétablissement de la légalité plutôt que la réparation des torts susceptibles de lui avoir été causés. En ce sens, le recours pour excès de pouvoir avait un caractère purement objectif. Au cours du débat contradictoire, les parties étaient exclusivement amenées à débattre sur la légalité externe et interne de l'acte au moyen des règles de droit et des circonstances de fait existant au jour de son édicton. A l'issue de la procédure, le juge statuait soit en faveur du maintien en vigueur de l'acte et au rejet de la requête soit en faveur de son annulation – annulation ayant pour effet de faire disparaître rétroactivement l'acte de l'ordonnancement juridique.

Les multiples issues désormais possibles - L'octroi au juge de l'excès de pouvoir de nouveaux outils contentieux tels qu'un pouvoir d'injonction, des techniques diverses de régularisations⁴⁵⁸, la possibilité de moduler les effets dans le temps de ses décisions, ainsi que récemment la faculté d'apprécier de façon dynamique la légalité de l'acte administratif qui lui est soumis ont contribué à émanciper le recours pour excès de pouvoir de son issue binaire annulation/rejet. Aujourd'hui, de sa propre initiative ou à la demande d'une des parties, le juge de l'excès de pouvoir est susceptible de sauver de l'annulation la décision litigieuse en mettant en œuvre ses pouvoirs de régularisation, de substitution de base légale ou de motifs, ou encore en déplaçant dans le temps son axe de contrôle de l'acte afin de tenir compte d'éventuels changements de circonstances de droit ou de fait. Il peut également prononcer des annulations partielles ou conditionnelles et assortir ses décisions de mesure d'injonction à l'encontre de l'Administration de prendre une décision dans un sens déterminé ou de procéder au réexamen de la demande du requérant, le tout avec ou sans astreinte.

Le rôle important des parties dans la mise en œuvre par le juge de ses divers pouvoirs - Si le juge est de plus en plus à même d'enrichir le débat contentieux au cours de l'instruction notamment grâce à l'extension du champ du relevé d'office, la plupart du temps, l'utilisation de sa palette d'instruments contentieux résulte d'une demande en ce sens de la part de l'une ou l'autre des parties. Dès lors, les conclusions et les moyens soulevés par ces dernières, et notamment par le requérant dans sa requête ont une influence certaine sur l'issue du litige.

⁴⁵⁷ R. CHAPUS, *op. cit.*, p.224

⁴⁵⁸ Techniques de régularisation au sens large incluant les mécanismes de régularisation existant en droit de l'urbanisme, mais également les techniques développées par le juge de substitution de base légale, de substitution de motifs ou de neutralisation de motifs.

C'est en cela qu'il est possible d'affirmer que les parties jouent désormais un rôle primordial dans la procédure administrative contentieuse de l'excès de pouvoir. Elles ne sont plus uniquement là pour déclencher la procédure, mais permettent, grâce à leurs écritures, d'orienter l'issue du litige dans un sens qui leur est plus ou moins favorable.

Cette tendance à la responsabilisation des parties, et notamment du requérant, s'illustre d'autant plus par la faculté qui lui a désormais été offerte par la jurisprudence *société Eden*⁴⁵⁹ de hiérarchiser ses prétentions.

B) L'influence considérable de la jurisprudence *Eden* sur la responsabilisation du requérant

L'impact du choix du moyen d'annulation par le juge sur l'issue du litige - En raison du caractère objectif attribué au recours pour excès de pouvoir, il est de longue date admis que le juge dispose d'une pleine latitude pour choisir le moyen sur lequel il entend fonder, le cas échéant, sa décision d'annuler l'acte qui lui est soumis⁴⁶⁰. Dès lors, la technique de « l'économie des moyens » lui offre la faculté « *non seulement de ne pas répondre aux moyens qui ne permettraient pas de prononcer une telle annulation, mais également, parmi les moyens de nature à fonder l'annulation, de n'en retenir qu'un* »⁴⁶¹. Cependant, le choix du moyen retenu par le juge administratif pour fonder l'annulation de l'acte qui lui est soumis peut avoir une incidence sur l'effet de la décision juridictionnelle qu'il va rendre. En effet, l'Administration est tenue de se conformer à l'autorité de chose jugée attachée à la décision rendue par le juge tant en ce qui concerne son dispositif que les motifs qui en sont le soutien nécessaire⁴⁶². Cependant, la marge d'appréciation de l'Administration ne sera pas la même pour exécuter le jugement (ou l'arrêt) selon que le motif fondant l'annulation est un motif d'illégalité externe (qui lui permet en principe de reprendre la même décision, en se conformant aux règles de compétence, de procédure et de forme en vigueur) ou un motif d'illégalité interne (susceptible de remettre en cause le bien-fondé de la décision prise par l'Administration, l'obligeant soit à adopter la solution contraire, soit de réexaminer la situation du demandeur afin de modifier sa décision). Le choix du moyen d'annulation a également une influence sur le choix du juge d'accompagner sa décision d'annulation d'une mesure

⁴⁵⁹ CE, Sect., 21 déc. 2018, n° 409678, *Société Eden*

⁴⁶⁰ G. EVEILLARD, « Office du juge de l'excès de pouvoir - La limitation du « principe » de l'économie de moyens », *DA* n°4, avril 2019, comm. 22

⁴⁶¹ *Ibid.*

⁴⁶² Par ex. CE, 30 sept. 1998, n° 152191, *M. Diallo*

d'injonction et sur le type de mesure d'injonction qu'il est susceptible de prononcer.

La possibilité offerte récemment offerte au requérant d'influer sur le choix du moyen retenu par le juge - L'arrêt *Société Eden*⁴⁶³ rendu par le Conseil d'État le 21 décembre 2018 constitue une évolution notable du recours pour excès de pouvoir. En effet, le requérant a désormais la possibilité « *s'il le désire, d'affiner ses prétentions en les hiérarchisant afin d'obtenir plus directement du juge de l'excès de pouvoir et, si ce dernier lui donne raison, de l'administration, une issue définitive à sa contestation* »⁴⁶⁴. Concrètement, le justiciable a désormais la possibilité d'indiquer dans sa requête ce qu'il attend à titre principal de son recours et de demander au juge de se prononcer prioritairement sur les moyens issus de la cause juridique (légalité interne ou externe) la mieux à même d'y satisfaire. Ce dernier peut également assortir ses conclusions principales de conclusions subsidiaires sur lesquelles le juge devra se prononcer si aucun moyen invoqué par le justiciable ne lui permet de faire droit à sa demande principale. En cela, le requérant a désormais une « *prise* »⁴⁶⁵ sur le juge quant au choix du moyen sur lequel sa décision sera fondée et quant au type de mesure d'injonction qu'il est susceptible de prononcer. Cela contribue à lui confier une plus grande responsabilité quant à l'issue de son recours dès lors que la façon d'organiser ses prétentions au sein de sa requête est susceptible d'exercer une influence sur le sens de la décision du juge⁴⁶⁶.

Ainsi, le rôle du justiciable ne se limite plus à enclencher le recours pour excès de pouvoir et à en déterminer le périmètre. Ce dernier est désormais en capacité d'exercer une influence sur l'issue du litige notamment en sollicitant du juge de l'excès de pouvoir que celui-ci fasse usage de tel ou tel instrument contentieux. Cependant, encore faut-il que le requérant ait connaissance des différents outils à disposition du juge de l'excès de pouvoir et soit en mesure de les manier. Ainsi, la sophistication du recours pour excès de pouvoir et tous les avantages qui en résultent en matière de meilleure prise en compte des demandes des parties présentent l'inconvénient de compliquer l'exercice de ce recours.

⁴⁶³ CE, Sect., 21 déc. 2018, n° 409678, *Société Eden*

⁴⁶⁴ S. ROUSSEL, « Recours pour excès de pouvoir - D'un discret, mais substantiel enrichissement de l'office du juge de l'excès de pouvoir », *DA* n°5, mai 2019

⁴⁶⁵ *Ibid.*

⁴⁶⁶ R. RENEAU, *art. cit.*

§ 2 - La sophistication du recours pour excès de pouvoir participant à la complexification des procédures

À l'origine, le recours pour excès de pouvoir, considéré comme un recours « *d'utilité publique* »⁴⁶⁷ ayant pour objet la sauvegarde de la légalité, avait été conçu de façon à pouvoir être facilement exercé. Cela explique le fait que le requérant soit généralement dispensé de ministère d'avocat pour former un recours en excès de pouvoir. Cela justifie également l'appréciation relativement large que fait le juge de l'intérêt à agir du demandeur et que l'ouverture d'un recours pour excès de pouvoir soit possible même sans texte contre toute décision administrative⁴⁶⁸. L'évolution du recours pour excès de pouvoir ayant conduit à un accroissement du rôle joué par les parties pendant le déroulement de la procédure administrative contentieuse et l'issue du litige s'accompagne toutefois d'une complexification du recours pour excès de pouvoir. Cela s'illustre particulièrement en matière de contentieux de l'urbanisme (A) mais s'observe également dans l'ensemble des branches du contentieux administratif de l'excès de pouvoir (B).

A) La complexification du recours en excès de pouvoir dans le cas particulier du contentieux de l'urbanisme

Une évolution du contentieux de l'urbanisme visant à sécuriser les documents et autorisations d'urbanisme - « *Il fut un temps où tout était plus simple. Saisie d'une autorisation d'urbanisme, comme de toute décision unilatérale, la juridiction administrative n'avait « qu'une chose à vérifier : l'administrateur est-il resté dans la limite de ses pouvoirs ? S'il y est resté, elle laisse subsister l'acte ; s'il en est sorti, elle l'annule* »⁴⁶⁹. Aujourd'hui, afin de sécuriser les documents et les autorisations d'urbanisme et afin d'éviter les effets paralysant des recours en justice sur les constructions⁴⁷⁰, le recours pour excès de pouvoir en matière de droit de l'urbanisme a subi d'importantes évolutions visant notamment à favoriser la régularisation des actes litigieux plutôt que l'annulation. Cela a eu pour conséquence une véritable complexification de ce contentieux⁴⁷¹ notamment pour les justiciables, si bien que

⁴⁶⁷ R. CHAPUS, *op. cit.*, p.230

⁴⁶⁸ CE, 17 fév. 1950, n°86949, *Ministre de l'Agriculture c/ Mme Lamotte*

⁴⁶⁹ L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, t. 1, éd. Dunod, 1869, p. 391 (cité par C. MALVERTI, C. BEAUFILS, *art. cit.*

⁴⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷¹ F.-X. BRECHOT, « Comment sortir du labyrinthe ? », *AJDA* 2021, p.871

certain requérants (cherchant à franchir les différentes étapes⁴⁷² du recours pour excès de pouvoir contre une autorisation d'urbanisme) se demandent « *comment sortir du labyrinthe qu'est devenu le contentieux de l'urbanisme ?* »⁴⁷³

L'étape de la recevabilité de la requête - Initialement, le recours pour excès de pouvoir avait pour ambition d'être facilement accessible à tous les justiciables, avec ou sans ministère d'avocat, ce qui justifiait une appréciation assez large de la part du juge de l'intérêt à agir. En droit de l'urbanisme, l'article L. 600-1-2 du code de l'urbanisme est venu restreindre l'intérêt à agir des tiers contre les autorisations d'urbanisme. En effet, dans sa version issue de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018, cet article impose au justiciable de démontrer que la construction, l'aménagement ou le projet autorisé est de nature à affecter directement les conditions d'occupation, d'utilisation ou de jouissance de son bien. À cela s'ajoutent des exigences formelles supplémentaires telles que la production par le requérant de son titre de propriété⁴⁷⁴ ainsi que la preuve de la notification de son recours à la commune ayant délivré le permis et le bénéficiaire de l'autorisation d'urbanisme⁴⁷⁵.

L'existence de spécificités au cours de l'instruction - L'article R. 600-5 du code de l'urbanisme prévoit en outre, une fois l'étape de la recevabilité passée, un mécanisme de cristallisation du débat contentieux d'office. Cela implique qu'au-delà d'un délai de deux mois à compter de la communication aux parties du premier mémoire en défense, ces dernières ne pourront plus soulever de nouveaux moyens⁴⁷⁶. À cela s'ajoute une restriction des moyens invocables, notamment concernant la possibilité de soulever une exception d'illégalité⁴⁷⁷ et le risque pour le requérant de se voir opposer en défense des conclusions reconventionnelles, visant à ce qu'il soit condamné par le juge à verser des dommages et intérêts au bénéficiaire de l'autorisation d'urbanisme pour cause de recours abusif⁴⁷⁸.

Une issue incertaine - Enfin, lorsqu'il engage un recours pour excès de pouvoir contre un document d'urbanisme ou une autorisation d'urbanisme, le requérant doit avoir à l'esprit que des mécanismes de régularisation peuvent être enclenchés soit cours de procédure à la

⁴⁷² F. MARTIN, *art. cit.*

⁴⁷³ F.-X. BRECHOT, *art. cit.*

⁴⁷⁴ Art. R. 600-4 du code de l'urbanisme

⁴⁷⁵ Art. R. 600-1 du code de l'urbanisme

⁴⁷⁶ Art. R. 600-5 du code de l'urbanisme.

⁴⁷⁷ Art. L. 600-1 et art. L. 600-12-1 du code de l'urbanisme

⁴⁷⁸ Art. L. 600-7 du code de l'urbanisme

demande de la partie défenderesse ou à l'initiative du juge, soit à l'issue de celle-ci. Le justiciable doit ainsi, outre démontrer dans sa requête l'illégalité de l'acte attaqué, mais également que le ou les vices qui l'entachent ne sont pas susceptibles d'être régularisés en application des dispositions des articles L. 600-5-1, L. 600-9 ou L. 600-5 du code de l'urbanisme. Dès lors, obtenir l'annulation d'une autorisation d'urbanisme ou d'un document d'urbanisme est aujourd'hui devenu un parcours du combattant pour le requérant ; si bien qu'il y lieu de se demander si les annulations, en droit de l'urbanisme, ne seraient pas « *devenues des souvenirs, puis au fil du temps, oubliées, pour devenir une légende...* »⁴⁷⁹

Si le contentieux de l'excès de pouvoir en droit de l'urbanisme en est l'archétype, ce mouvement de complexification du recours pour excès de pouvoir tend également à s'étendre à bien d'autres domaines.

B) La complexification du recours pour excès de pouvoir étendue aux autres matières du contentieux de l'excès de pouvoir

Une limitation des moyens invocables ou recevables - À l'origine, le justiciable qui saisissait le juge d'un recours pour excès de pouvoir devait, outre le respect de certaines conditions de recevabilité et de forme, démontrer l'illégalité de l'acte qu'il attaque en invoquant des moyens de légalité interne et externe. Aujourd'hui, certains moyens ne sont plus invocables⁴⁸⁰. C'est par exemple le cas des vices de forme et de procédure soulevés par voie d'exception à l'encontre d'un acte administratif. En outre, certains vices avérés sont susceptibles d'être neutralisés en application de la jurisprudence *Danthony*⁴⁸¹ (s'agissant des vices de procédure dès lors qu'ils n'ont pas été susceptibles d'exercer une influence sur le sens de la décision et qu'ils n'ont pas privé l'intéressé d'une garantie) ou régularisés par l'utilisation par le juge des techniques de substitution de base légale, substitution de motifs ou neutralisation de motifs.

Les difficultés liées au maniement des conclusions accessoires - Au-delà, le requérant doit avoir connaissance de la possibilité pour lui de formuler, distinctement de ses conclusions à fin d'annulation, des conclusions à fin d'injonction ou même de condamnation de l'Administration au paiement des frais d'instance. En effet, il est rare qu'un requérant qui agit sans être accompagné d'un avocat pense à formuler de telles demandes accessoires. En outre,

⁴⁷⁹ F. MARTIN, *art. cit.*

⁴⁸⁰ Cf. CE, Ass., 18 mai 2018, n°414583, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*

⁴⁸¹ CE, Ass., 23 déc. 2011, n°335033, *M. Danthony*

ces demandes accessoires doivent être motivées pour que le juge puisse y faire droit. Les demandes d'injonction doivent à cet égard être motivées au regard des circonstances de fait et de droit existantes à la date où le juge va se prononcer alors que les demandes d'annulation devront, quant à elles, par principe être motivées au regard d'éléments existants à la date de l'édition de l'acte litigieux.

Le maniement délicat du mécanisme de hiérarchisation des prétentions pour le justifiable - En outre, si la jurisprudence *Eden* octroie un rôle plus important au requérant dans la détermination de l'issue du litige afin que celle-ci soit la plus conforme à ses attentes, encore faut-il qu'il soit en capacité de manier la hiérarchisation de ses prétentions. Cette hiérarchisation peut simplement se manifester par la présence de conclusions à fin d'injonction visant à ce qu'il soit enjoint, sur le fondement de l'article L. 911 du code de justice administrative, à l'Administration de prendre une mesure dans un sens déterminé (accompagnés ou non de conclusions à titre subsidiaire visant à ce qu'il soit enjoint à l'Administration, sur le fondement de l'article L. 911-2). Cela implique pour le requérant de maîtriser le concept de demande principale et subsidiaire. En outre, et ce qui est d'autant plus complexe pour le justiciable, la hiérarchisation des prétentions permise par la jurisprudence *Eden* peut consister à « *explicitement formulée (...) en fonction de la cause juridique à laquelle reposent, à titre principal, les conclusions à fin d'annulation* »⁴⁸². Outre comprendre la notion de « *cause juridique* », cette possibilité de hiérarchisation des demandes doit nécessairement intervenir dans le délai de recours contentieux, ce qui semble être une condition rigoureuse pour le justiciable non accompagné d'un avocat⁴⁸³.

La complexification du recours pour excès de pouvoir liée à l'appréciation dynamique de la légalité - Enfin, l'introduction de la possibilité pour le juge de l'excès de pouvoir de dépasser le principe de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif au jour de son édition par la jurisprudence *Association des Américains accidentels* a ajouté une nouvelle strate de complexité pour le requérant. Ce dernier est désormais censé démontrer au juge que, du fait d'un changement de circonstances de droit ou de fait, l'acte est devenu illégal au jour du jugement ou, à l'inverse, que malgré le fait que l'acte soit devenu légal au jour où le juge se prononce, il conserve un intérêt, notamment sur le plan indemnitaire, à ce que celui-ci soit tout de même annulé en raison des conséquences qu'il a pu produire dans le passé. Ainsi, le

⁴⁸² S. ROUSSEL, *art. cit.*

⁴⁸³ *Ibid.*

justiciable peut rapidement se retrouver perdu face à cette mouvance temporelle du contrôle du juge.

Ainsi, si le développement de nombreux outils contentieux à dispositions du juge de l'excès de pouvoir lui permette de rendre des décisions plus efficaces, plus utiles, plus proches du réel, cela présente l'inconvénient d'être difficile à manier pour les requérants, notamment pour les particuliers, non expérimentés en procédure administrative contentieuse et qui agissent sans le concours d'un d'avocat. Cela peut mener à un déséquilibre entre le requérant et l'Administration qui dispose quant à elle d'un accès à une aide juridique efficace, que ce soit au sein même de ses services ou en recourant à un avocat spécialisé. Ainsi, paradoxalement, la recherche d'effet utile par le juge administratif, visant à satisfaire au mieux les demandes des requérants, conduit également à rendre plus difficile pour eux l'accès au recours pour excès de pouvoir, ce qui interroge sur le rôle, aujourd'hui, en 2021, attribué au recours pour excès de pouvoir et à la pertinence du maintien d'une distinction entre recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux.

CONCLUSION

L'effet utile, un indice de rapprochement entre excès de pouvoir et plein contentieux -

Finalement, la notion d'effet utile constitue pour le juge de l'excès de pouvoir l'objectif vers lequel il oriente son intervention, objectif qui lui permet par la même occasion de justifier un élargissement de ses prérogatives. La recherche d'effectivité et d'utilité de l'action de juge n'est pas nouvelle et était déjà celle visée par le législateur lorsque ce dernier a octroyé au juge administratif, en 1995, un pouvoir d'injonction. Cependant, le développement de toute une palette d'instruments à disposition du juge de l'excès de pouvoir afin de lui permettre d'atteindre cette finalité conduit inmanquablement à opérer un rapprochement entre l'office du juge de l'excès de pouvoir et celui du plein contentieux. La solution rendue par l'arrêt *Association des Américains accidentels* ne fait pas exception. En effet, en permettant au juge de l'excès de pouvoir, lorsque l'effet utile de son intervention le justifie, d'apprécier la légalité de l'acte qui lui est soumis, en se plaçant à la date à laquelle il statue, le Conseil d'État brouille un peu plus les frontières entre les deux types de recours et met à mal une des « *grandes différences procédurales entre excès de pouvoir et plein contentieux* »⁴⁸⁴. Il en va de même lorsqu'il octroie au juge de l'excès de pouvoir, dans l'arrêt *Stassen*, un pouvoir d'abrogation ; pouvoir jusqu'alors réservé au juge du plein contentieux. Une des rares distinctions notables qui persiste encore aujourd'hui entre le recours pour excès de pouvoir et le recours de plein contentieux est finalement le fait que le premier ne peut toujours pas réformer une décision de l'Administration. Mais là encore, l'amplification de son pouvoir d'injonction, qu'il peut désormais mettre en œuvre d'office, vient réduire cette différence⁴⁸⁵. De nombreux commentateurs s'interrogent ainsi sur la mort du recours pour excès de pouvoir⁴⁸⁶ et, de manière plus générale, sur le déclin de la classification traditionnelle des contentieux⁴⁸⁷.

Le recours pour excès de pouvoir définitivement dénaturé ? - Les avis sont divisés sur la question. Il convient toutefois de rappeler que le déclin du recours pour excès de pouvoir est prédit depuis de nombreuses années. En effet, en 1912 déjà, le Doyen Hauriou voyait le recours

⁴⁸⁴ P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, Dalloz, éd. 2011, t. 2, p.540

⁴⁸⁵ H. BOUILLON, *art. cit.*

⁴⁸⁶ B. DEFOORT, *art. cit.* ; H. BOUILLON, *art. cit.*

⁴⁸⁷ O. FUCHS, « L'office du juge et la structure du contentieux administratif : le lent déclin d'une étoile », in J-F. LAFAIX, *op. cit.*, p. 201 et s.

pour excès de pouvoir « *frappé à mort* »⁴⁸⁸ du fait de l'admission de la tierce opposition. Pourtant, ce recours existe toujours en 2021, et ce malgré les nombreuses mutations qu'il a connues au cours des trente dernières années⁴⁸⁹.

Le soldat REP : de nouvelles armes pour de plus grandes batailles - S'interroger sur la potentielle fin du recours pour excès de pouvoir invite à s'interroger sur la raison d'être initiale de ce recours⁴⁹⁰. S'il est indéniable que l'augmentation des instruments contentieux à disposition du juge de l'excès de pouvoir lui a permis de gagner en performance⁴⁹¹, certains auteurs dénoncent une évolution allant à l'encontre même de la justification principale qui a présidé la création du recours pour excès de pouvoir. À l'origine, le recours pour excès de pouvoir a été instauré afin de permettre un contrôle plus léger de la part du juge que celui qu'il opère en tant que juge de pleine juridiction, et ce afin d'éviter que ce dernier puisse prendre des décisions à la place de l'Administration. Or, aujourd'hui, le juge de l'excès de pouvoir est à même, grâce à ses pouvoirs de régularisation, d'injonction, de modulation des effets de ses décisions, *etc.* d'établir lui-même l'équilibre entre intérêt général et intérêt des administrés, et ce en lieu et place de l'Administration qui est normalement compétente pour opérer cette balance⁴⁹². Au-delà de cette crainte d'un « *juge administrateur* », l'octroi au juge de l'excès de pouvoir de techniques de régularisation a pour conséquence de faire reculer la fonction disciplinaire du recours pour l'excès de pouvoir⁴⁹³. Cette réflexion est transposable à la technique de l'appréciation dynamique de la légalité dès lors que le recours à cette nouvelle méthode d'appréciation de la légalité conduit dans certains cas à sauver de l'annulation des actes devenus légaux au jour où le juge statue du seul fait de l'écoulement du temps. Ainsi, certaines illégalités identifiées ne sont plus sanctionnées par le juge⁴⁹⁴.

Le juge de l'excès de pouvoir davantage libéré, délivré - Cependant, pour une autre partie de la doctrine, les évolutions récentes du recours pour excès de pouvoir, guidées par la recherche d'effet utile permettent au contraire une « *relégitimation de l'office du juge de*

⁴⁸⁸ M. HAURIOU, note sur CE, 29 nov. 1912, *Boussuge*, S., 1914, III, p. 33 (cité par O. FUCHS, « L'office du juge et la structure du contentieux administratif : le lent déclin d'une étoile », in J-F. LAFAIX, *op. cit.* p.202)

⁴⁸⁹ O. FUCHS, « L'office du juge et la structure du contentieux administratif : le lent déclin d'une étoile », in J-F. LAFAIX, *op. cit.*, p. 201 et s.

⁴⁹⁰ voir B. GENEVOIS, *art. cit.*

⁴⁹¹ H. BOUILLON, *art. cit.*

⁴⁹² *Ibid.*

⁴⁹³ B. SEILLER, *art. cit.*

⁴⁹⁴ *Ibid.*

"l'annulation" »⁴⁹⁵. La souplesse et la flexibilité désormais laissée au juge de l'excès de pouvoir vis-à-vis de son propre office lui permettent d'adapter son contrôle aux diverses situations qui lui sont soumises⁴⁹⁶, et aux « finalités qui président son intervention »⁴⁹⁷. Ce dernier s'en trouve libéré de son rôle de simple « juge de l'annulation » et peut maintenant agir que lorsque « c'est utile, et dans la stricte mesure de cette utilité »⁴⁹⁸. En outre, ces derniers considèrent que le contrôle opéré par le juge de l'excès de pouvoir n'a rien perdu de son essence. Le « nouveau visage »⁴⁹⁹ que se dessine le juge de l'excès, qui lui permet de « s'adapter aux exigences de son temps »⁵⁰⁰ reste toutefois fidèle à son rôle premier « consistant à contrôler l'administration en s'assurant de la légalité de ses actes »⁵⁰¹. La différence est qu'aujourd'hui, le juge de l'excès de pouvoir exerce son rôle de garant de la légalité de façon plus active. Son action ne se limite plus à sanctionner par l'annulation un acte illégal, mais à contribuer au rétablissement de la légalité en permettant à l'Administration, en la guidant, de rectifier son acte⁵⁰². Si autrefois, le recours pour excès de pouvoir contre un acte administratif n'avait « d'autre objet que d'en faire prononcer l'annulation rétroactive »⁵⁰³, il semblerait aujourd'hui que cette finalité est évoluée. C'est désormais l'utilité de l'intervention du juge pour vider le litige qui lui est soumis et rétablir la légalité qui constitue la raison d'être de ce recours. La solution optimale, celle qui permet de donner une valeur ajoutée à l'intervention du juge, n'est plus toujours l'annulation. Il peut aujourd'hui s'agir d'une régularisation, d'une substitution de base légale ou de motifs, d'une neutralisation de motifs illégaux, d'une modulation dans le temps de l'effet de l'annulation, d'une abrogation prononcée à la suite d'une injonction, etc⁵⁰⁴.

Une invitation à l'union des recours contentieux - Il convient toutefois d'admettre que l'octroi de ces nombreuses prérogatives au juge de l'excès de pouvoir lui permet désormais d'opérer un contrôle de la légalité qui a sensiblement le même effet que celui qu'il qu'est susceptible d'opérer le juge du plein contentieux. Cela interroge inévitablement sur la pertinence de conserver deux recours presque identiques au regard de l'office du juge⁵⁰⁵.

⁴⁹⁵ B. DEFOORT, *art. cit.*

⁴⁹⁶ C. MALVERTI, C. BEAUFILS, *art. cit.*

⁴⁹⁷ B. DEFOORT, *art. cit.*

⁴⁹⁸ *Ibid.*

⁴⁹⁹ J.-H. STAHL, *art. cit.*

⁵⁰⁰ *Ibid.*

⁵⁰¹ *Ibid.*

⁵⁰² B. SEILLER, *art. cit.*

⁵⁰³ CE, 19 avril 2000, n°207469, *Borusz*

⁵⁰⁴ B. DEFOORT, *art. cit.*

⁵⁰⁵ C. MALVERTI, C. BEAUFILS, *art. cit.*

Clément Malverti et Cyrille Beaufiles invitent ainsi le juge administratif à « dynamiter la distinction des contentieux et à tracer les plans d'un nouvel office unifié »⁵⁰⁶.

Quel astre périra de l'éclipse augurée ? - La dichotomie entre excès de pouvoir et plein contentieux qui structure la « galaxie du droit administratif » et qui « [éclaire] le ciel des juristes » en « structurant leur pensée et les guidant dans leur action quotidienne »⁵⁰⁷ ne serait-elle pas en train de perdre son éclat ? « Même les étoiles les plus brillantes ne sont pas immuables : elles connaissent le déclin, perdent petit à petit de leur matière puis disparaissent »⁵⁰⁸. Ne faudrait-il pas « renoncer aux branches »⁵⁰⁹, et trouver au contentieux administratif une nouvelle étoile du berger ? Ce nouveau guide existe peut-être déjà et n'est autre que l'objectif de l'effet utile de l'intervention du juge administratif...

⁵⁰⁶ *Ibid.*

⁵⁰⁷ O. FUCHS, « L'office du juge et la structure du contentieux administratif : le lent déclin d'une étoile », in J-F. LAFAIX, *op. cit.*, p. 201 et s.

⁵⁰⁸ *Ibid.*

⁵⁰⁹ D. TRUCHET, « Office du juge et distinction des contentieux : renoncer aux « branches », *RFDA* 2015, p.657

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES :

BONICHOT (J-C.) et a., *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2020, 1564 p.

BROYELLE (C.), *Contentieux administratif*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2020-2021, 558 p.

CHABANOL (D.), BONNET (B.), *La pratique du contentieux administratif*, LexisNexis, 13^{ème} éd., 2020, 600 p.

CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2008, 1540 p.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011, 1095 p.

COUTRON (L.), *Droit de l'Union européenne*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2017, 233 p.

GONOD (P.), MELLERAY (F.), YOLKA (P.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, éd. 2011, t. 2, p.540

GUINCHARD (S.), DEBARD (T.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 24^{ème} éd., 2016-2017,

GUYOMAR (M.), SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2019, 660 p.

LAFAIX (J-F.) (dir.), *Le renouvellement de l'office du juge administratif*, Berger-Levrault, 2017, 334 p.

LAFERRIÈRE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 2^{ème} éd., 1896, t. 2, 722 p.

LONG (M.) et a., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 22^{ème} édition, 2019, 1068 p.

ROUSSEAU (D.), GAHDOUN (P-Y.), BONNET (J.), *Droit du contentieux constitutionnel*, Précis Domat droit public, LGDJ, 12^{ème} éd., 1040 p.

VEDEL (G.), DELVOLLE (P.), *Droit administratif*, t. 2, PUF. 1992, 730 p.

MELANGES :

Le Pouvoir : Mélanges offerts à George Burdeau, LGDJ, 1977, 1190 p.

Juger l'administration, administrer la justice : Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz, 2007, p. 882

ENCYCLOPEDIES ET REPERTOIRES :

BREAL (A), « Conclusions et Moyens », *JCI Administratif*, fasc. 1086

BOULOUIS (J.), Rép. eur. Dalloz, v° méthodes d'interprétations, 1992, n°33 et s

SAGNIER (P-Y.) « Les recours de pleine juridiction », *Lamyline*, étude 14 Les recours de pleine juridiction, Partie 4 Les principaux recours contentieux, § 461 et s.

ARTICLES ET CHRONIQUES :

BOUILLON (H.), « Le REP Retrouve En Performance ou Repose En Paix », *DA* juin 2020, n°6, p. 21-25, comm. 28

BRECHOT (F-X.), « Comment sortir du labyrinthe ? », *AJDA* 2021, p.871

BROYELLE (C.), « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », *DA* 2004, chron. 6

CHABERT (D.), « Relevé d'office et instruction devant le juge administratif français », *DA* n°8-9, août-septembre 2019, p.38

CHARLES (C.), « Dix ans après : à quoi a servi la loi du 8 février 1995 ? », *DA* 2005, n°4, étude 7, p.10

COSTA (J.P.), « L'exécution des décisions des juridictions administratives en Italie », *AJDA* 1994, p.364

DEFOORT (B.), « Les paradoxes du contentieux des actes administratifs unilatéraux : à propos de quelques arrêts récents », *RFDA* 2018, p.1071

DEFOORT (B.), « Quand le Conseil d'Etat définit l'office du juge de l'excès de pouvoir », *JCP Admin.*, n°47, 18 nov. 2019, p.1193

DEFOORT (B.), « *Quand le Conseil d'État définit l'office du juge de l'excès de pouvoir – Brèves réflexions sur la méta office du juge administratif* », *JCP Admin* n°47, 18 novembre 2019, p.1193

DIEU (F.), « la règle de l'économie des moyens doit-elle paralyser le pouvoir d'injonction du juge administratif ? », *AJDA* 2009, p.1082

DEFOORT (B.), « A la recherche de l'effet utile » : l'excès de pouvoir perdu ou retrouvé ? », *AJDA* 2020, p.857

EVEILLARD (E.), « Office du juge de l'excès de pouvoir - La limitation du « principe » de l'économie de moyens », *DA* n°4, avril 2019, comm. 22

EVEILLARD (E.), « Les terres mêlées de l'instruction et du jugement », *DA*, n°8-9, août-septembre 2019

FAURE (Y.), MALVERTI (C.), « Le juge de l'excès de pouvoir au service du justiciable », *AJDA* 2019, p.271

FRIEDRICH (C.), « Le recours pour excès de pouvoir passé à travers le tamis de l'effet utile », *Lexis360 Actualités*, 11 mars 2020 (comm. sur CE, 28 fév. 2020, n°433886, *M. Stassen*)

GENEVOIS (B.) « A quelle date apprécier la légalité d'un acte administratif dans le contentieux de l'excès de pouvoir ? Le problème général », *RFDA* 2020 p.457

GUYOMAR (M.), COLLIN (P.), « Les décisions par lesquelles le Conseil d'Etat précise la portée d'une annulation "en tant que ne pas" et prononce une annulation aux effets différés s'inscrivent dans la ligne d'une évolution qui témoigne d'un souci croissant de pédagogie et d'efficacité du juge de l'excès de pouvoir », *AJDA* 2001, p.1046.

GUYOMAR (M.), COLLIN (P.), « Le début d'une révolution pour la juridiction administrative », *AJDA* 2014, p.99

LABETOULLE (D.), « Questions pour le droit administratif », *AJDA* 1995, numéro spécial, p.11

LABETOULLE (D.), « Bande à part ou éclairer ? », *AJDA* 2013, p.1897

LANGELIER (E.), VIROT-LANDAIS (A.), « Mérites et limites du recours à la régularisation des actes viciés », *JCP Admin.*, 2015, p.2245

LANTERO (C.), « Sécurité juridique et mutation des annulations platoniques », *AJDA* 2019, p.1100

MALVERTI (C.), BEAUFILS (C.), « Contentieux de l'urbanisme : parer les morts, réparer les vivants », *AJDA* 2020, p.2016

MALVERTI (C.), BEAUFILS (C.) « Dynamique ou Dynamite ? L'appréciation de la légalité à la date à laquelle le juge statue », *AJDA* 2020, p.722

MALVERTI (C.), BEAUFILS (C.), « Archives présidentielles : guide des usages du protocole », *AJDA* 2020, p.1416

MARTIN (F.), « La légende de l'annulation », *RFDA* 2021, p.134

MODERNE (F.), « Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif », *RFDA* 1996, p.43

MONNIER (S.), « L'office du juge saisi d'une décision de refus de réformer un règlement illégal », *JCP Admin.* n°43, 26 octobre 2020, p.2279

MOUTON (S.), CARPENTIER (M.) (dir.), « L'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan critique », *CCC*, hors-série, oct. 2020

NOGUELLOU (R.), « Les contentieux triangulaires », *AJDA* 2019, p.2577

ONDINET (G.), « Le juge de l'excès de pouvoir peut abroger la suspension d'un sportif si elle est devenue illégale à la date où il statue », *DA*, n°10, octobre 2020, comm. 43

PERRIN (A.) « Au-delà du cadre législatif initial : le pouvoir d'injonction en dehors de la loi du 8 février 1995 », *RFDA* 2015 p.643.

PETER (B.), « La base juridique des actes en droit communautaire », *RMCEUE* 1994, p.32

RENEAU (R.), « La prévention par la résolution définitive du litige », *JCP Admin.*, n°17, 26 avril 2021, p.2138

RIVERO (J.), « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Dalloz* 1962, chron. 39, p.7

ROUSSEL (S.), « Recours pour excès de pouvoir - D'un discret mais substantiel enrichissement de l'office du juge de l'excès de pouvoir », *DA* n°5, mai 2019

SAUVE (J-M.), « Le juge administratif face au défi de l'efficacité », *RFDA* 2012 p.613

SEILLER (B.), « Les décisions régularisées », *RFDA* 2019, p.791

STAHL (J-H.), DOMINO (X.) « Injonctions : le juge administratif face aux réalités », *AJDA* 2011, p.2226

STAHL (J-H.), « Mutation », *DA* n°8-9, août 2020, repère 8

THERON (S.), « L'accessoire en contentieux administratif », *RFDA* 2019, p.77

TRUCHET (D.), « Office du juge et distinction des contentieux : renoncer aux « branches », *RFDA* 2015, p.657

TUSSEAU (G.), « Critique d'une méta notion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » », *RFDA* 2009, p.641

WALINE (M.), « Vers un reclassement des recours du contentieux administratif ? », *RDP* 1935, p.205

WOEHLING (J-M.), « Les nouveaux pouvoirs d'injonction du juge administratif selon la loi du 8 février 1995 : propositions pour un mode d'emploi », *LPA* n°62, 24 mai 1995, p.18

CONCLUSIONS :

BRETONNEAU (A.), « Le droit au "déréférencement" et la directive sur la protection des données personnelles » (ccl. sur CE, 24 fév. 2017, n°391000, *Mme Chupin et a.*), *RFDA* 2017, p.535

HENRARD (O.), ccl. sur CE, 10 fév. 2017, n°392245, *M. Girard*

KAHN (J.), ccl. sur CE, Sect., 23 mars 1956, n° 3587, *Dame veuve Ginestet*, *AJDA* 1956. p.164

LALLET (A.) « Le contentieux de l'abrogation des actes réglementaires » (ccl. sur CE, Ass., 19 juillet 2019, *Association des Américains accidentels*, n° 424216) , *RFDA* 2019, p.891

LALLET (A.), « Données personnelles : le droit au "déréférencement" » (ccl. sur l'arrêt CE 6 déc. 2019, *Mme X*, n° 391000), *RFDA* 2020, p.93

LALLET (A.), ccl. sur CE, Ass, 21 avril 2021, n°393099, 394922, et a., *French Data Network et a.*

ROMIEU (J.), ccl. sur CE 4 août 1905, n° 14220, *M. Martin*, *RDP* 1906, p 749

SIRINELLI (M.), ccl. sur CE, 23 déc. 2020, n°431520, *M. Guillemain et a*

THESES :

BENIGNI (M.), *L'application dans le temps des décisions QPC*, LGDJ – Coll. Des Thèses, n°180, 2019, 558 p.

BORE EVENO (V.), *L'interprétation des traités par les juridictions internationales. Étude comparative*, Droit. Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, 2004 : <https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-01797581>

CONNIL (D.), *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz - Nouvelle Bibliothèque de thèse - vol.114, 2012, 904 p.

IDOUX (P.), *La contradiction en droit administratif français*, Faculté de droit de Montpellier - collection des thèses, t. 2, 2005, 924 p.

DISCOURS :

SAUVE (J-M.), « L'injonction – la loi du 8 février 1995 après vingt ans de pratique », Intervention du 5 septembre 2014 dans le cadre de la Conférence nationale des présidents des juridictions administratives : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-injonction-la-loi-du-8-fevrier-1995-apres-vingt-ans-de-pratique>

SAUVE (J-M.), « La juge administratif face au défi de l'efficacité », Intervention du 29 juin 2012, dans le cadre de la Conférence nationale des présidents des juridictions administratives : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-juge-administratif-face-au-defi-de-l-efficacite>

DICIONNAIRES EN LIGNE :

Larousse, *Dictionnaire en ligne*, consulté le 12 juin 2021, sur :
<https://www.larousse.fr/dictionnaires/>

Le Robert, *Dictionnaire en ligne*, consulté le 12 juin 2021, sur :
<https://dictionnaire.lerobert.com/>

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	4
LISTE DES PRINCIPAUX ACRONYMES ET ABREVIATIONS.....	5
SOMMAIRE.....	6
INTRODUCTION.....	8
PARTIE 1 – LA DEFINITION SINGULIERE DE L’EFFET UTILE DANS LE CADRE DE L’OFFICE DU JUGE DE L’EXCES DE POUVOIR	21
CHAPITRE 1 - L’APPROCHE GENERALE DES DIVERSES ACCEPTIONS DE LA NOTION D’EFFET UTILE PAR UNE DEFINITION EMPIRIQUE	22
<i>Section 1 - Une notion ancienne, diversement employée par les juridictions supranationales et le juge constitutionnel français</i>	<i>22</i>
§ 1 - La notion d’effet utile en droit européen et international	22
A) La notion d’effet utile en droit international	23
B) La notion d’effet utile en droit de l’Union européenne	25
§ 2 - La notion d’effet utile en droit constitutionnel.....	28
A) La mobilisation de l’effet utile pour la modulation des conséquences des décisions du juge constitutionnel	29
B) La notion d’effet utile communément utilisée par le juge de l’excès de pouvoir et le juge constitutionnel au stade des conséquences de leurs décisions.....	32
<i>Section 2 – Une notion récente spécifiquement utilisée par le juge de l’excès de pouvoir dans le cadre de la définition de son office</i>	<i>34</i>
§ 1 - L’utilisation inédite de la notion d’effet utile par le juge de l’excès de pouvoir dans la redéfinition de son office.....	34
A) La notion d’effet utile dans le contentieux du refus d’abrogation d’un acte réglementaire ...	34
B) Les applications plurielles de la jurisprudence <i>Association des Américains accidentels</i>	36
§ 2 - Le lien révélé entre effet utile, écoulement du temps et injonction par le juge de l’excès de pouvoir pour la redéfinition de son office	39
A) La mise en œuvre du pouvoir d’injonction, instrument au service de l’effet utile.....	39
B) La prise en compte de l’écoulement du temps, conséquence du pouvoir d’injonction	43
CHAPITRE 2 - L’APPROCHE SPECIFIQUE AU JUGE DE L’EXCES DE POUVOIR DE LA NOTION D’EFFET UTILE PAR UNE DEFINITION TELEOLOGIQUE	48
<i>Section 1 - La redéfinition des objectifs du juge de l’excès de pouvoir par la quête d’effectivité et d’utilité de son intervention</i>	<i>48</i>
§ 1 - L’importance de l’effet utile enrichie par l’identification des décisions dépourvues d’utilité	48
A) L’existence d’un lien entre effet inutile d’une décision et annulation platonique	49
B) L’existence d’une pluralité de cas d’annulation platonique	50
§ 2 - L’importance de l’effet utile traduite par un double objectif assigné à l’intervention du juge de l’excès de pouvoir.....	52
A) L’effet utile des décisions de justice du strict point de vue des parties.....	52
B) L’effet utile des décisions de justice dépassant le strict point de vue des parties	54

<i>Section 2 - La redéfinition de l'office du juge de l'excès de pouvoir par la vertu émancipatrice de l'effet utile</i>	56
§ 1 - La redéfinition de l'office du juge de l'excès de pouvoir par l'utilisation d'un facteur temporel	56
A) La notion d'effet utile : fondement d'une exception au principe selon lequel le juge du REP statue au regard des circonstances de droit et de fait existantes au jour de l'édition de l'acte litigieux.....	57
B) La notion d'effet utile : fondement d'un pouvoir d'abrogation du juge de l'excès de pouvoir ?	60
§ 2 - La redéfinition de l'office du juge de l'excès de pouvoir critiquée par les faiblesses de la notion d'effet utile	62
A) Le caractère performatif de la notion d'effet utile par son affirmation explicite	62
B) Le caractère imparfait de la notion d'effet utile imputable à la relativité de sa portée	64
PARTIE 2 - LES IMPLICATIONS PRATIQUES DE L'EFFET UTILE SUR LE CONTENTIEUX DE L'EXCES DE POUVOIR	67
CHAPITRE 1 - LE DEVELOPPEMENT D'UNE PALETTE D'INSTRUMENTS A LA DISPOSITION DU JUGE DE L'EXCES DE POUVOIR POUR ASSURER L'EFFET UTILE DE SES DECISIONS	68
<i>Section 1 - L'amplification du pouvoir d'injonction et des techniques de régularisation au service de l'effet utile des décisions</i>	68
§ 1 - Le recours croissant du juge de l'excès de pouvoir à des techniques de régularisation	69
A) L'exemple topique des mécanismes de régularisation en droit de l'urbanisme.....	69
1- La régularisation à la suite d'une annulation partielle	70
2- La régularisation en cours d'instance	71
B) Le déploiement amorcé de techniques de régularisation.....	73
§ 2 - Le renforcement abouti du pouvoir d'injonction du juge administratif	75
A) L'approfondissement du pouvoir d'injonction du juge administratif par la jurisprudence <i>Eden</i>	76
B) L'accomplissement du pouvoir d'injonction du juge administratif par l'octroi d'un pouvoir d'injonction d'office.....	79
<i>Section 2 - Le développement d'une approche dynamique de la légalité au service de l'effet utile des décisions</i>	81
§ 1 - Le champ d'application de l'appréciation dynamique de la légalité	82
A) Les contentieux susceptibles de faire objet d'une appréciation dynamique de la légalité.	82
B) Les vices susceptibles de faire l'objet d'une appréciation dynamique de la légalité	86
§ 2 - Les conditions de mise en œuvre de l'appréciation dynamique de la légalité	87
A) Le questionnement sur l'initiative du recours à l'appréciation dynamique de la légalité	88
B) Le questionnement sur la date de l'appréciation dynamique par le juge de la légalité	90
CHAPITRE 2 – LES CONSEQUENCES DU RENOUVELLEMENT DE L'OFFICE DU JUGE DE L'EXCES DE POUVOIR PAR L'EFFET UTILE SUR LE DEROULEMENT DU PROCES ADMINISTRATIF	92
<i>Section 1 – L'évolution du rôle du juge de l'excès de pouvoir au stade de l'instruction</i>	92

§ 1 - La recherche d'effet utile par le juge de l'excès de pouvoir dès le stade de l'instruction	93
A) La figure centrale du juge administratif dans la conduite de la procédure administrative contentieuse	93
B) L'extension du champ du relevé d'office dans l'instruction par de nouveaux instruments contentieux	96
§ 2 - La nécessité pour le juge de l'excès de pouvoir de préserver les principes essentiels du procès	99
A) Les risques maîtrisés de déséquilibre entre les parties	99
B) La protection adaptée du principe du contradictoire	102
<i>Section 2 - La mutation du rôle des parties dans la procédure contentieuse de l'excès de pouvoir</i>	104
§ 1 - La sophistication du recours pour excès de pouvoir participant à la responsabilisation des parties	105
A) Une implication renforcée des parties quant aux différentes issues du litige	105
B) L'influence considérable de la jurisprudence <i>Eden</i> sur la responsabilisation du requérant	107
§ 2 - La sophistication du recours pour excès de pouvoir participant à la complexification des procédures	109
A) La complexification du recours en excès de pouvoir dans le cas particulier du contentieux de l'urbanisme	109
B) La complexification du recours pour excès de pouvoir étendue aux autres matières du contentieux de l'excès de pouvoir	111
CONCLUSION	114
BIBLIOGRAPHIE	118

