



**MEMOIRE**

**LA HIERARCHIE DES VICES DANS  
LE CONTENTIEUX DE L'EXCES DE  
POUVOIR**

PRÉSENTÉ PAR

**Baptiste PARDEILHAN**

Master II - Droit Public

Parcours Droit et Contentieux des Libertés

Sous la direction de

**M. Jean GOURDOU**

*Professeur en droit public à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour*

**Année universitaire 2018-2019**

*L'Université de Pau et des Pays de l'Adour n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans ce rapport de recherche.*

*Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur*

*A Dolores et Severus,*

Je tiens à remercier l'équipe pédagogique qui compose ce master et tout particulièrement le Professeur Jean Gourdou pour la confiance qu'il m'a accordée dans la réalisation de ce travail.

Je tiens également à remercier toutes les personnes qui ont su m'apporter une aide dans la recherche, l'élaboration ou l'achèvement de ce mémoire dont particulièrement Stéphanie Douteaud.

L'aide précieuse de Pauline Estanguet nécessite une place singulière dans ces remerciements. Tant la forme que le fond de ce mémoire lui doivent beaucoup. Surtout, par sa générosité et son expertise, c'est la transmission du goût de la recherche que je lui dois. Hélas, ces quelques mots ne pourront exprimer toute la gratitude que je me dois d'éprouver envers elle. Alors un simple « merci », accompagné de tous mes sentiments et de mon respect, lui est adressé.

# TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

A.J.D.A.	Actualité juridique du droit administratif
Art.	Article
Ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d'État
C.A.A.	Cour administrative d'appel
C.E.	Conseil d'État
C.E.D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
C.J.A.	Code de justice administrative
C.J.C.E.	Cour de justice des communautés européennes
Cass. Civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Concl.	Conclusions
Cons.	Considérant
Cons. const.	Conseil constitutionnel
E.D.C.E.	Études et documents du Conseil d'État
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
Ibid.	Ibidem
Ord.	Ordonnance
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
Rec.	Lebon (Recueil des arrêts du Conseil d'État)
Rép.	Répertoire
Sect.	Section du contentieux du Conseil d'État

T.C.

Tribunal des conflits

Th.

Thèse

# **SOMMAIRE**

## **PREMIERE PARTIE : UNE PRESOMPTION DE GRAVITE INHERENTE A CERTAINS VICES DE LEGALITE**

CHAPITRE I : UNE PRESOMPTION JUSTIFIEE PAR L'IMPERATIF DU RESPECT DES COMPETENCES

CHAPITRE II : UNE PRESOMPTION JUSTIFIANT UN REGIME JURIDIQUE SPECIFIQUE

## **SECONDE PARTIE : UNE GRADUATION DE LA GRAVITE DES VICES DE LEGALITE**

CHAPITRE I : UNE GRADUATION REVELANT UNE HIERARCHIE DES VICES AU STADE DE L'EXAMEN DE L'ACTE

CHAPITRE II : UNE GRADUATION EXPRIMANT UNE HIERARCHISATION DES ILLEGALITES AU STADE DE LA SANCTION DE L'ACTE

# INTRODUCTION

« *Lorsqu'une chose évolue, tout ce qui est autour d'elle évolue de même* »<sup>1</sup>.

Le contentieux administratif a connu une évolution considérable au cours des deux dernières décennies. Certains ont, à ce titre, célébré le « nouveau juge administratif »<sup>2</sup>, ou ses « habits neufs »<sup>3</sup>, voire tenté le dessin de son portrait<sup>4</sup>, là où d'autres y ont vu un « nouveau procès administratif »<sup>5</sup>. La conclusion ne peut être que la suivante : ce fut (et c'est encore) le « temps du mouvement »<sup>6</sup> qui a marqué cette période.

Cette évolution s'est notamment traduite par une prise en compte progressive du principe de sécurité juridique<sup>7</sup>. Si le législateur n'a pas été étranger au mouvement de rééquilibrage entre les principes de sécurité juridique et de légalité, c'est en effet surtout le juge administratif, lui-même, qui a développé des techniques destinées à redessiner l'équilibre entre ces deux principes. Si la balance entre ces derniers se discute en doctrine<sup>8</sup> depuis longtemps, elle ne semble pas avoir cessé d'intéresser et suscite encore la discussion<sup>9</sup>.

À la lecture de ces débats, se dessinerait aujourd'hui une dissymétrie en faveur du principe de sécurité juridique. Le juge administratif a démontré, au fil de sa jurisprudence, qu'il entendait ôter l'automatisme de la cause et de la conséquence du contrôle de légalité c'est-à-dire du vice et de la sanction. En d'autres termes, le juge administratif a consolidé la thèse selon laquelle « l'annulation doit se présenter comme une sanction proportionnée à l'illégalité commise »<sup>10</sup>. Dans la droite ligne de cette idée, Isabelle De Silva précisait dans les conclusions sur l'arrêt *Hallal* que « la tâche du juge de l'excès de pouvoir ne se borne pas à détecter des violations de la légalité et à en déduire automatiquement que la décision viciée doit être annulée : le juge recourt à toute une palette de

---

<sup>1</sup> COELHO P., *l'Alchimiste*, J'ai lu, 1988, p. 185.

<sup>2</sup> DRAGO R., « Un nouveau juge administratif », in *Mélanges Jean Foyer*, 1997, PUF, p. 451.

<sup>3</sup> ARRIGHI DE CASANOVA J., « Les habits neufs du juge administratif », *Mélanges D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 11.

<sup>4</sup> SAUVE J.-M., « Un corridor de Vasari au Conseil d'État. Autoportraits du juge en son office », *AJDA* 2013, p. 1669.

<sup>5</sup> SAUVE J.-M., « Le "nouveau procès administratif" », Intervention lors des États généraux du droit administratif organisés à la Maison de la Chimie le 27 sept. 2013.

<sup>6</sup> STIRN B., « Jurisdiction et jurisprudence administrative : le temps du mouvement », in *Mélanges M. Troper*, Économica, 2006, p. 939.

<sup>7</sup> Sur le sujet, v. *Rapport public du Conseil d'Etat 1991, De la sécurité juridique*, La documentation française, 1992, p. 15 ; *Rapport public du Conseil d'Etat 2006 Sécurité juridique et complexité du droit*, n°57.

<sup>8</sup> LABETOULLE D., " Principe de légalité et principe de sécurité ", *Mélanges Guy Braibant*, Dalloz 1996, p. 403.

<sup>9</sup> V. par ex. le thème du colloque du 27 septembre 2018 au Conseil d'État qui était relatif au principe de légalité et au principe de sécurité juridique (<https://www.conseil-etat.fr/actualites/colloques-seminaires-et-conferences/les-entretiens-du-contentieux-du-conseil-d-etat-principe-de-legalite-principe-de-securite-juridique>).

<sup>10</sup> BROUELLE C., *Contentieux administratif*, LGDJ, 3ème ed., 2015-2016, p. 143, n° 197.



solutions ou de mécanismes qui peuvent le conduire à confirmer finalement la décision tout en rejetant le recours »<sup>11</sup>.

La mobilisation de cette « palette de solutions ou de mécanismes » s'exprime à toutes les étapes du contrôle juridictionnel. Sans être exhaustifs dans les mécanismes présentés, nous nous autoriserons à rappeler certains d'entre eux. Précisons que nous nous en tiendrons, à cette étape de la démonstration, à assimiler comme synonymes l'illégalité et le vice. Ils représentent ainsi un simple défaut, contraire au droit, affectant l'acte. L'irrégularité doit se rapprocher en ce sens du vice, quoique son usage paraisse davantage tourné vers les vices relatifs à la forme ou à la procédure de l'acte<sup>12</sup>. Elle désignerait alors une non-conformité à la règle du fait de « l'inobservation d'une condition de formation »<sup>13</sup> par opposition à la régularité qui représente la « qualité de ce qui est conforme au Droit (...) spécialement aux exigences de forme »<sup>14</sup>. Nous excluons donc cette notion d'« irrégularité » qui peut être désignée de façon plus large par celle de « vice » englobant tout à la fois l'irrégularité « formelle » et « substantielle » (c'est-à-dire les vices de forme et de fond). Précisons que ces vices sont argués par le biais de moyens c'est-à-dire les éléments qui fondent les conclusions demandées par le justiciable au juge.

S'agissant de l'examen de la légalité de l'acte, le juge administratif a développé plusieurs techniques juridiques assurant une certaine stabilité des actes administratifs.

D'une part, c'est la restriction de certains moyens qui a permis d'assurer le respect du principe de sécurité juridique. En mobilisant les concepts d'opérance et de recevabilité, le législateur<sup>15</sup> et le juge<sup>16</sup> ont entendu fermer le prétoire aux moyens estimés attentatoires au principe de sécurité juridique.

D'autre part, c'est par l'aménagement de l'examen des moyens que le juge et le législateur ont assuré la sécurisation des actes administratifs. L'observateur de cet aménagement peut alors aisément remarquer la variété des procédés utilisés. À ce titre, le juge peut tout d'abord recourir aux procédés substitutifs qui désignent la substitution de l'illégalité par le motif correct (substitution de motifs<sup>17</sup>) ou la base légale correcte (substitution de base légale<sup>18</sup>). Le juge de l'excès de pouvoir a donc intégré à son office des possibilités de réfection de l'acte relativisant la théorie selon laquelle il ne s'apparente qu'à un juge de l'annulation<sup>19</sup>. Isabelle De Silva précise à cet égard que la technique de substitution représente « une des techniques de confirmation ou de réfection de l'acte administratif, par lesquelles le juge de l'excès de pouvoir détermine les conséquences qu'il doit tirer d'une illégalité »<sup>20</sup>. Le rétablissement de la légalité s'illustre ensuite par les procédés neutralisants, soit qu'il

---

<sup>11</sup> SILVA (De) I. Concl. sur CE, sect., 6 février 2004 *Hallal*, n° 240560.

<sup>12</sup> v. par ex. LANDON P., *Le recours pour excès de pouvoir depuis 1954 : douze ans de jurisprudence*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1968, T. n° 83 pp. 103 à 104.

<sup>13</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, ed. 2011 p. 572.

<sup>14</sup> *Ibid.* p. 863.

<sup>15</sup> V. par ex. Loi n° 94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction.

<sup>16</sup> CE, Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n° 305420 ; CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802 ; CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, n° 358994 ; CE Ass. 18 mai 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, n° 414583.

<sup>17</sup> CE, Sect., 3 décembre 2003, *Préfet de la Seine-Maritime c/ El Babi*, n° 240267.

<sup>18</sup> Arrêt *Hallal* préc.

<sup>19</sup> V. not. AUCOC L., *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Dunod, 1ère ed., t. I, p. 361 ; LAFERRIERE E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. I, 1re éd., 1887-1888, p. 15.

<sup>20</sup> SILVA (De) I., Concl. préc., p. 50

s'agisse de la neutralisation des motifs surabondants<sup>21</sup> soit de l'interprétation neutralisante<sup>22</sup>. Enfin, il est désormais possible au juge d'éviter l'annulation en neutralisant l'illégalité elle-même, soit en aménageant son contrôle – ce qui le conduit à s'interroger sur la substantialité de l'illégalité commise<sup>23</sup> – soit en offrant la possibilité à l'administration de régulariser l'acte avant que le juge statue sur la solution du litige<sup>24</sup>.

S'agissant de la sanction de l'illégalité de l'acte, la prise en compte de la sécurité juridique a également transformé l'office du juge administratif. La transformation de l'office du juge s'explique donc par la même cause qu'au stade de l'examen mais ne s'exprime pas sur le même angle d'attaque. Elle est toujours justifiée par la proportionnalité entre l'illégalité commise et l'annulation. Cependant, alors qu'au stade de l'examen il s'agit davantage de moduler la valeur de l'illégalité, au stade de la sanction il s'agit davantage d'aménager la sanction elle-même. En d'autres termes, au stade de la sanction, le développement de plusieurs techniques juridiques ont permis au juge de renoncer à l'annulation ou d'aménager cette dernière. En ce qui concerne la renonciation à l'annulation, le juge s'est vu donner la possibilité de conditionner l'annulation à une action de l'Administration<sup>25</sup>. Au-delà de cette hypothèse, le juge s'est parfois lui-même attribué cette compétence en prononçant des quasi-injonctions d'office<sup>26</sup>. En ce qui concerne l'encadrement des effets de l'annulation, le juge a également pris en compte la sécurité juridique. Il a parfois instauré un complément à l'effet rétroactif d'une annulation en obligeant le gouvernement à prendre des mesures transitoires pour ne pas bouleverser les situations juridiques que les administrés pouvaient penser acquises<sup>27</sup> et répondre à une attente de stabilité<sup>28</sup>. C'est surtout dans l'aménagement des effets de l'annulation que la transformation de l'office du juge fut remarquée. Si dans le contentieux de pleine juridiction la modulation dans le temps des effets de l'annulation n'était guère surprenante, c'est son introduction, par la jurisprudence *AC!*<sup>29</sup> dans le contentieux de l'excès de pouvoir qui a pu susciter l'étonnement. La modulation dans le temps des effets de l'annulation permet alors soit de neutraliser l'effet rétroactif de cette dernière soit de projeter ses effets dans le futur.

Ces différents mécanismes intégrés à l'office du juge administratif ont permis de renouveler la balance entre le principe de sécurité juridique et celui de légalité. La discussion entre la proportionnalité de ces principes n'est pas nouvelle mais reste constamment renouvelée par l'introduction ou le perfectionnement de techniques juridiques liées à ceux-là. La doctrine rappelle avec aisance, le déséquilibre des poids des principes de sécurité juridique et de légalité au profit du premier<sup>30</sup>.

---

<sup>21</sup> CE, Ass. 12 janvier 1968, *Ministre de l'Economie et des Finances c/ Dame Perrot*, n° 70951.

<sup>22</sup> CE, 29 octobre 2004, *Sneur*, n° 269814.

<sup>23</sup> V. par ex. CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n° 335033.

<sup>24</sup> CE, Sect., 1er juillet 2016, *Commune d'Emerainville*, n° 363047 ; v. art. 600-5-1 et art. 600-9 du code de l'urbanisme.

<sup>25</sup> V. par ex. CE, 27 juillet 2001, *Titran*, n° 222509.

<sup>26</sup> V. par ex. CE Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, n° 213229.

<sup>27</sup> CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG*, n° 288460.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC!*, n° 255886.

<sup>30</sup> V. par ex : MAMOUDY O., « Une balance déséquilibrée », *AJDA* 2019, p. 1087. L'auteur indique notamment que « dans l'équilibre entre légalité et sécurité juridique, la balance penche aujourd'hui nettement en faveur de la seconde ».

De ce mouvement juridique a résulté un autre rééquilibrage ; celui des illégalités. Lorsque le juge considère que telle illégalité n'est pas invocable, doit être substantielle, peut être tolérée, doit être relevée d'office, etc., le juge opère des différences entre les illégalités. La hiérarchisation des illégalités est donc une conséquence du mouvement de la stabilisation des actes.

La hiérarchisation doit être distinguée de la hiérarchie ; alors que la première transcrit un mouvement d'organisation selon une hiérarchie, la seconde désigne une « classification, de gradation croissante ou décroissante selon une échelle de valeur, de grandeur ou d'importance »<sup>31</sup>. Ainsi, alors que la hiérarchisation est un mouvement, un phénomène, la hiérarchie est au contraire son résultat éventuel. Effectivement, il est parfois possible de remarquer un phénomène de hiérarchisation sans pouvoir observer une hiérarchie établie. Autrement dit, pour qu'une hiérarchie existe il faut consubstantiellement une hiérarchisation. L'inverse n'est pas vraie puisqu'il peut y avoir un mouvement de classement hiérarchique sans néanmoins parvenir à l'établissement d'une hiérarchie arrêtée. Pour qu'une hiérarchie soit établie il faut s'assurer d'une certaine systématisme dans les éléments hiérarchisés. La hiérarchisation, fondée sur un critère considéré, peut donc consister à un classement entre plusieurs éléments sans néanmoins permettre une classification arrêtée (de façon certaine).

Le mouvement de stabilisation des actes est lié à celui de la hiérarchisation des illégalités. Cette hiérarchisation peut être qualifiée de « substantielle » puisque les illégalités sont hiérarchisées en fonction de leur importance, de leur substantialité. Autrement dit, la hiérarchisation s'opère ici en fonction du « caractère de ce qui est essentiel, fondamental, important »<sup>32</sup>. Il est également possible de remarquer une hiérarchisation « procédurale » qui s'illustre notamment par une priorisation d'ordre d'examen des moyens. Cependant, les deux hiérarchies sont relativement liées. Effectivement, lorsqu'un moyen est examiné en priorité par rapport aux autres, on s'intéresse plus à la procédure d'examen à laquelle le juge se livre plutôt qu'à la substantialité du moyen. Pourtant, cette problématique de la substantialité du moyen n'est pas étrangère à la priorité d'ordre d'examen puisqu'il se pourrait qu'un moyen, jugé plus important qu'un autre, soit examiné en premier. C'est notamment le cas pour la question prioritaire de constitutionnalité qui doit être examinée en priorité conformément à l'article 23-2 de la loi organique n°2009-1521 du 10 décembre 2009<sup>33</sup>.

Un développement jurisprudentiel récent témoigne de cette nouvelle hiérarchie. Dans un arrêt du 21 décembre 2018 *Société Eden*<sup>34</sup>, le Conseil d'État a notamment admis la possibilité pour le requérant de hiérarchiser les moyens argués en priorisant la cause juridique de ces derniers. Toutefois, le principe reste celui de la liberté. C'est ce que rappelle le Conseil d'État en précisant que « lorsque le juge de l'excès de pouvoir annule une décision administrative alors que plusieurs moyens sont de nature à justifier l'annulation, il lui revient, en principe, de choisir de fonder l'annulation sur le moyen qui lui paraît le mieux à même de régler le litige, au vu de l'ensemble des circonstances de l'affaire ». L'obligation pour le juge d'examiner selon un ordre prédéterminé les

---

<sup>31</sup> V. [https://www.cnrtl.fr/definition/hiérarchie](https://www.cnrtl.fr/definition/hi%C3%A9rarchie).

<sup>32</sup> V. [https://www.cnrtl.fr/definition/substantialité](https://www.cnrtl.fr/definition/substantialit%C3%A9).

<sup>33</sup> Le 5<sup>e</sup> alinéa de l'article 23-2 de la Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution dispose que : « En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative d'une part aux droits et libertés garantis par la Constitution et d'autre part aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation.»

<sup>34</sup> CE, Sect., 21 décembre 2018, *Sté Eden*, n° 409678.

moyens étant assez rare, il semble alors (aujourd'hui) que la hiérarchisation « procédurale » ne soit pas assez « mature » pour en permettre une étude complète et globale. Ainsi, il paraît difficile d'en dessiner une hiérarchie. Au contraire, la hiérarchisation « substantielle » est quant à elle plus « palpable » c'est-à-dire qu'il est possible d'en tracer les contours et donc de consacrer l'étude d'une hiérarchie « substantielle ».

La hiérarchisation des illégalités a donc débuté dans le même mouvement que celui de la stabilisation des actes. Pourtant, certains auteurs<sup>35</sup> considèrent que ce mouvement ne serait âgé que d'une quinzaine d'années. Néanmoins, tant le législateur que le juge administratif œuvrent depuis longtemps à favoriser ou à déprécier la valeur d'une illégalité considérée. Pour ne prendre qu'un exemple, la loi du 9 février 1994<sup>36</sup> a introduit un article L. 600-1 dans le code de l'urbanisme qui dispose que « l'illégalité pour vice de forme ou de procédure d'un schéma directeur, d'un plan d'occupation des sols ou d'un document d'urbanisme en tenant lieu ne peut être invoquée par voie d'exception, après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la prise d'effet du document en cause ». En restreignant l'accès au prétoire des vices de forme et de procédure le législateur opérant déjà une dépréciation de la valeur de ces derniers.

Depuis longtemps il est possible de constater que toutes les illégalités ne se valent pas. Jean Khan précisait que « les annulations doivent, autant que possible, être constructives et (...) s'il n'est pas d'usage de retenir plusieurs moyens à la fois, mieux vaut retenir celui qui, ayant la portée la plus générale, est de nature à éclairer davantage l'administration (...) »<sup>37</sup>. Implicitement, cela revenait à affirmer la préférence d'une annulation pour une illégalité interne (c'est-à-dire s'intéressant à la substance de l'acte) plutôt qu'une annulation pour une illégalité externe (c'est-à-dire s'intéressant à la forme de l'acte) dans la mesure où cette dernière n'avait aucune incidence sur la substance de l'acte.

Plus tard, il semble que la hiérarchisation entre les illégalités ait été réellement admise sans toutefois se trouver mentionnée expressément. Isabelle de Silva ajoute dans ses conclusions<sup>38</sup> que « la présidente Hagelsteen, lorsqu'elle proposait en 1981 l'évolution qu'Alitalia consacre [...] que « toutes les illégalités ne sont pas pareillement graves », et qu'il n'est pas certain que « la circonstance qu'une consultation ait été omise, il y a 5, 10, 20 ou même 30 ans, justifie pleinement la censure d'un refus par l'administration d'abroger un texte important et dont elle fait une application quotidienne » ».

Plus récemment, Jacques-Henri Stahl affirmait explicitement cette différence de valeur entre les illégalités. Il précisait que « l'office du juge administratif de la légalité est de mesurer la valeur des critiques de légalité qui sont susceptibles d'être adressées aux actes administratifs devant lui et d'apprécier si ces critiques sont de nature à justifier la censure de ses actes ». Insistant sur cela, il réaffirme que c'est un « devoir » du juge de « mesurer si une illégalité doit ou non conduire à l'annulation d'une décision administrative » et selon lui, le juge peut « considérer que telle illégalité

---

<sup>35</sup> MAMOUDY O. *op. cit.* Olga Mamoudy précise que « Ce mouvement, dont l'ampleur et le caractère systématique sont inédits en contentieux administratif français, trouve son origine au début des années 2000 avec les jurisprudences Institut de recherche pour le développement. [CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, n° 248 950] et AC ! » [CE, ass., 11 mai 2004, préc.].

<sup>36</sup> Loi n° 94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction.

<sup>37</sup> KHAN J., Concl sur CE, Ass., 12 décembre 1969, *Sieur de Talleyrand-Périgord* n° 73969.

<sup>38</sup> SILVA (De) I. préc. Concl.

n'est pas de nature à justifier, tout bien pesé, l'annulation de la décision qui lui est soumise, au bénéfice de tel ou tel raisonnement juridique »<sup>39</sup>. C'est encore dans les conclusions d'un rapporteur public du Conseil d'État qu'il est possible de remarquer cette hiérarchisation puisque Gaëlle Dumortier écrivait dans ses conclusions sur l'arrêt *Danthony*<sup>40</sup> qu' « une irrégularité qui ne peut ou n'a pu être de nature à affecter la teneur de la décision n'a pas à être sanctionnée par l'annulation de celle-ci ».

La valeur de l'illégalité joue donc depuis longtemps comme un « poids de mesure » pour justifier (ou non) une sanction de l'acte. Pourtant, la concrétisation de cette hiérarchisation représenterait, selon Isabelle De Silva, un « obstacle psychologique » en ce sens que les jurisprudences *Alitalia*<sup>41</sup>, *Avézard*<sup>42</sup> et *Ponard*<sup>43</sup> assurent le respect du principe selon lequel ne doit être applicable que la loi et les actes réglementaires légalement pris. Le juge administratif n'avait pas, pour la mise en œuvre de ce principe, distingué « selon les chefs d'illégalité de l'acte réglementaire, qui tous méritent, sans hiérarchie ni privilège, d'entraîner sa disparition »<sup>44</sup>. Comme nous l'avons déjà évoqué, cet obstacle psychologique a pourtant été franchi depuis plusieurs décennies, et ce bien avant l'arrêt *CFDT Finances*. Dès lors, si instinctivement une hiérarchisation des illégalités est réfutée, elle est pourtant empiriquement constatable.

Ainsi, cette hiérarchisation des illégalités doit être considérée comme implicite. Toutefois, le caractère implicite de cette hiérarchisation est propre au contentieux de l'excès de pouvoir alors qu'elle est plus clairement affirmée dans le contentieux de pleine juridiction. Faire la démonstration de ce mouvement impose tout d'abord d'arrêter le périmètre de l'étude (**Section 1**). Pour comprendre les enjeux de l'étude, il faudra également s'intéresser à l'intérêt qu'elle présente (**Section 2**).

## SECTION 1 : PÉRIMÈTRE DE L'ÉTUDE

Le phénomène de hiérarchisation des illégalités peut être qualifié de diffus en ce sens qu'il s'observe dans le droit administratif général mais également dans le droit constitutionnel (§ 1). Toutefois, l'étude s'arrêtera au contentieux de l'excès de pouvoir car même s'il reflète certains points communs aux autres contentieux, il exprime une certaine singularité (§ 2).

---

<sup>39</sup> STAHL J.-H. Concl. sur CE, sect., 3 décembre 2003, *Préfet de la Seine-Maritime c/ El Babi*, n° 240267.

<sup>40</sup> DUMORTIER G. Concl. sur CE, Ass., 23 décembre 2011, *M. Claude Danthony et autres*, n° 335033.

<sup>41</sup> CE, Ass, 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, n° 74052.

<sup>42</sup> CE, 24 janvier 1902, *Avézard et Chambre syndicale des propriétés immobilières de la Ville de Paris*, n° 00106.

<sup>43</sup> CE, Sect., 14 novembre 1958, *Ponard*, n° 35399.

<sup>44</sup> BRETONNEAU A., Concl. sur CE Ass. 18 mai 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, n° 414583.

## § 1 : UNE HIÉRARCHISATION DES ILLÉGALITÉS DIFFUSÉE

La hiérarchisation des illégalités peut être qualifiée de « diffuse » puisqu'elle peut être remarquée à la fois dans d'autre discipline que le droit administratif tel que le droit constitutionnel (A) mais également à d'autre contentieux au sein du droit administratif tel que le contentieux contractuel (B).

### A- Une hiérarchisation présente dans d'autre discipline : l'exemple du contentieux constitutionnel

Le droit constitutionnel témoigne aussi du mouvement de hiérarchisation des illégalités puisqu'il différencie la valeur de certaines inconstitutionnalités. L'introduction d'un contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité de la loi par la question prioritaire de constitutionnalité, a permis de développer plus rapidement le contentieux constitutionnel grâce à la hausse quantitative de recours intentés devant le Conseil constitutionnel. Ainsi, aujourd'hui est-il possible de constater une différence entre les inconstitutionnalités commises et d'en donner quelques illustrations ?

Dans le contentieux constitutionnel, il semble possible de hiérarchiser les inconstitutionnalités. Par exemple, certains auteurs n'hésitent pas à considérer que « le vice d'incompétence en contentieux constitutionnel des lois est un vice majeur »<sup>45</sup>. Il est d'ailleurs possible de constater l'importance majeure de l'incompétence en contentieux administratif, dont notamment dans le contentieux de l'excès de pouvoir.<sup>46</sup> D'ailleurs, comme en contentieux administratif, le vice de forme ou le vice de procédure n'est sanctionné en contentieux constitutionnel que lorsqu'il est substantiel. Lorsqu'il ne l'est pas, le Conseil ne semble pas s'adonner à la censure de la loi<sup>47</sup>. Dès lors, un vice « non substantiel » est de moindre valeur qu'un vice qualifié en ce sens.

Il serait également tentant de vouloir considérer qu'il existe une hiérarchie des inconstitutionnalités en ce que certains droits et libertés fondamentaux permettent plus fréquemment d'aboutir à une déclaration d'inconstitutionnalité que d'autres. Dès lors, ceux qui permettraient d'aboutir plus souvent à une déclaration d'inconstitutionnalité seraient plus importants que les autres. Cela renvoie à l'interrogation relative à la hiérarchie matérielle des droits fondamentaux.

Toutefois, la doctrine ne semble parvenir à aucun consensus. Alors que certains réfutent l'existence d'une hiérarchie matérielle des droits et libertés fondamentaux<sup>48</sup>, d'autres ont tenté de construire une classification sans toutefois parvenir à une hiérarchie commune. L'instabilité et le malaise à identifier une réelle hiérarchie matérielle révèle d'une part qu'il ne s'agit peut-être alors que d'une hiérarchisation, et d'autre part, qu'il est difficile d'analyser ce mouvement de classification des illégalités. La modulation des droits fondamentaux étant continue, cela permet à Julien Bonnet,

---

<sup>45</sup> DRAGO G., *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 2<sup>e</sup> édition confondue, 2006, p. 390.

<sup>46</sup> V. infra p. 75 et s.

<sup>47</sup> v. par ex. Cons. const., 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* ; 20 janvier 1994, n° 93-334 DC, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*.

<sup>48</sup> BONNET J., GAHDOUN P.-Y., ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 2016.

Pierre-Yves Gadhoun et Dominique Rousseau d'affirmer que pour fonder une hiérarchie il faudrait constater que les sacrifices sont toujours demandés aux mêmes droits<sup>49</sup>.

Néanmoins, il est possible de constater une hiérarchisation des illégalités en droit constitutionnel, non plus en s'intéressant à un ou plusieurs droits fondamentaux spécifiques mais plus aux techniques juridiques employées.

Par exemple, lorsque le Conseil constitutionnel emploie les réserves d'interprétation, il admet implicitement que la déclaration d'inconstitutionnalité puisse être évitée et l'inconstitutionnalité neutralisée. L'utilisation de cette solution a d'ailleurs été transposée à la question prioritaire de constitutionnalité<sup>50</sup>. Cette technique conditionne la constitutionnalité de la loi à une interprétation. Le Conseil a pu illustrer l'utilisation des réserves d'interprétation « neutralisantes » qui permettent de réduire le sens ou la portée de la loi<sup>51</sup>. Le Conseil a pu également dégager des réserves d'interprétation directives<sup>52</sup> c'est-à-dire qui « indiquent comment la loi doit être appliquée par les destinataires de la décision du Conseil constitutionnel »<sup>53</sup>. Le Conseil constitutionnel a pu éviter de déclarer inconstitutionnelle une loi en faisant une réserve d'interprétation « constructive » c'est-à-dire lorsque « le Conseil ajoute véritablement à la loi dans le but de la rendre ainsi conforme à la Constitution »<sup>54</sup>. Elles ont donc pour objet d'« ajouter au texte ce qui lui manque pour être conforme, sous couleur de l'interpréter ». Ainsi, lorsque le Conseil constitutionnel recourt à ces techniques, il conditionne la constitutionnalité ou neutralise l'inconstitutionnalité. Ainsi, le juge de la rue Montpensier évite la déclaration d'inconstitutionnalité en conditionnant la conformité à la Constitution à une réserve d'interprétation. Implicitement, le juge constitutionnel admet que l'inconstitutionnalité dont la loi était viciée ne permet pas d'aboutir à sa sanction. Dès lors, certaines inconstitutionnalités, susceptibles d'être « neutralisées » paraîtraient être d'une gravité inférieure à celles qui nécessitent la solution inverse.

Il est donc également possible dans le champ constitutionnel de voir que le juge sépare l'inconstitutionnalité et la sanction, ou du moins qu'il en atténue l'automatisme. Ce même constat s'observe d'ailleurs en contentieux contractuel.

## **B- Une hiérarchisation présente dans d'autre contentieux administratif : l'exemple du contentieux contractuel**

Le contentieux contractuel illustre plus explicitement le phénomène de hiérarchisation des illégalités. D'une part, parce que le mouvement de stabilisation des contrats administratifs est très largement diffusé à tous les stades du contrôle réalisé par le juge de la validité du contrat<sup>55</sup>. D'autre

---

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> Cons. const. 18 juin 2010, n°2010-8 QPC, *Eoux L.*

<sup>51</sup> V. par ex: Cons. const. 29 juillet 2004, n°2004-499, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.*

<sup>52</sup> Cons. const. 15 décembre 2005, n° 2005-528 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006.*

<sup>53</sup> DE VILLIERS M., MAGNON X., RENOUX Th. (sous la dir.), *Code constitutionnel*, éd. 2005, p. 529.

<sup>54</sup> DRAGO G., *Contentieux constitutionnel français*, 2006, 2e édition refondue, p. 539.

<sup>55</sup> V. par ex. DOUTEAUD S. *La stabilisation des contrats de l'administration par le juge de la validité*, Thèse pour le doctorat de droit public, soutenue à Pau le 12 octobre 2017. L'auteur explique les mécanismes de stabilisation des contrats administratifs en les classant par stade du contrôle réalisé par le juge.

part, parce que le juge administratif a parfois modelé explicitement une hiérarchie entre les illégalités.

Le juge administratif a notamment restreint l'accès au prétoire pour les illégalités n'ayant pas un réel impact. Tout d'abord, dans sa jurisprudence *SMIRGEOMES*<sup>56</sup> il précisait déjà « (...) qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ». Autrement dit, dans le cadre du référé précontractuel, seul le manquement susceptible de léser le candidat évincé peut être invoqué. Cette fermeture du prétoire participait déjà à un mouvement de sécurisation de la procédure contractuelle. De cela, il est possible d'observer une hiérarchisation entre les vices susceptibles de léser le concurrent évincé et les autres.

Ce mouvement fut ensuite élargi au contentieux à l'initiative des parties<sup>57</sup> puisque, depuis lors, les cocontractants ne peuvent invoquer que des moyens loyaux c'est-à-dire « des irrégularités qui ne sont pas de leur fait ou qui ne leur ont pas été favorables »<sup>58</sup>.

Enfin, la jurisprudence *Tropic travaux signalisation*<sup>59</sup> ouvrant l'accès au prétoire des tiers au contrat marque une certaine rupture puisqu'elle ne prévoyait pas de restreindre les moyens invoqués par ces derniers. L'arrêt *Tarn et Garonne*<sup>60</sup> viendra, quelques années plus tard, rejoindre le mouvement de restriction des moyens invocables pour les tiers. Il ajoutera néanmoins que les tiers au contrat (autre que le préfet et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné) « ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ». Ce mouvement de restriction de l'invocation des moyens suit une logique de sécurisation du contrat ou de sa procédure (parfois de loyauté contractuelle<sup>61</sup>) qui vise à autoriser l'examen des vices graves. Cette gravité s'exprime par l'utilisation du terme « lésé » qui traduit l'influence sur le candidat évincé, le tiers ou l'une des parties. Elle s'apprécie aussi par l'importance de l'« impact » sur le contrat puisque le Conseil d'État dégage la notion de « vice d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ».

Cette gravité s'observe aussi dans l'illégalité qui vicie le contrat et non pas qu'au stade de la recevabilité du moyen. La jurisprudence du Conseil d'État a permis de dégager une grille de correspondance entre la gravité de l'illégalité constatée et la sanction adéquate.

Le Conseil d'État, par la jurisprudence *Tropic travaux signalisation*, initiait déjà cela en affirmant que lorsque le juge « constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, [il se doit] d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures

---

<sup>56</sup> CE, Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n° 305420.

<sup>57</sup> CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802.

<sup>58</sup> ROTOULLIE J.-Ch., « Sécurité juridique et tolérance des illégalités », *AJDA* 2019, p.1094.

<sup>59</sup> CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux signalisation*, n° 291545.

<sup>60</sup> Arrêt *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

<sup>61</sup> Arrêt *Commune de Béziers* préc., dit « Béziers I ».



de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat »<sup>62</sup>. Ainsi, en fonction de l'appréciation de la gravité du vice, le juge de la légalité du contrat doit choisir la solution la plus adaptée.

Cet encadrement de l'examen de la légalité par le juge est repris dans les arrêts ultérieurs comme l'arrêt *Béziers I* dans lequel la haute juridiction administrative affirme toutefois ici que le juge doit également apprécier « l'importance et les conséquences » des vices. Le Conseil d'État a même désigné des illégalités d'une « particulière gravité » puisque depuis les arrêts *Béziers I* et *Tarn et Garonne*, le contenu illicite du contrat ou un vice de consentement peuvent entraîner son annulation<sup>63</sup>. La jurisprudence administrative a donc dessiné une hiérarchie des illégalités dont le degré de gravité doit être apprécié par le juge et auquel doit proportionnellement correspondre la sanction la plus adaptée.

La hiérarchisation des illégalités dans le contentieux contractuel est plus claire. Cette visibilité peut s'expliquer par l'essence du contentieux contractuel. Le juge du contrat a un office plus développé que le juge de l'excès de pouvoir. En cela, la mobilisation des techniques juridiques est plus fréquente et permet une meilleure observation de ce phénomène.

Pourtant, cette hiérarchisation est également présente en contentieux de l'excès de pouvoir. Elle se singularise sans toutefois être étrangère à celle présente dans le contentieux contractuel.

## § 2 : LE CHOIX DU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR

La hiérarchisation des illégalités s'observe également dans le recours pour excès de pouvoir. Elle se fonde, tout comme le contentieux contractuel, sur la mobilisation de techniques juridiques qui font varier la valeur des illégalités dans le but de sécuriser l'acte litigieux.

Puisque nous avons choisis de circonscrire notre étude à l'excès de pouvoir, il nous faudra d'abord revenir brièvement sur le périmètre même de ce contentieux, en rappelant ses caractères essentiels (A). Dès lors que la notion sera éclaircie, c'est la singularité de la hiérarchisation des illégalités en excès de pouvoir que nous développerons (B).

### **A- La notion de contentieux de l'excès de pouvoir : rappel des caractères essentiels**

La classification des contentieux administratifs n'est pas exempte d'ambiguïté et de zones d'ombres. Déjà complexe et donnant lieu à diverses théories<sup>64</sup>, la frontière entre ceux-là tend progressivement à dévoiler un caractère poreux ; notamment entre le contentieux de l'excès de pouvoir et du plein contentieux. Nous reviendrons donc brièvement sur les caractéristiques principales qui permettent de dégager la singularité du contentieux de l'excès de pouvoir.

---

<sup>62</sup> Arrêt *Société Tropic Travaux signalisation* préc.

<sup>63</sup> V. pour un ex. récent, CE, 15 mars 2019, *Société anonyme gardéenne d'économie mixte* n° 413584.

<sup>64</sup> MELLERAY F., *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, LGDJ, 2001, p. 36 et s.

Son originalité tient principalement à sa finalité puisqu'il ne permet que d'obtenir l'annulation de décisions illégales de l'administration. Même s'il est vrai que furent intégrées, à côté de l'annulation, d'autres mesures telles que l'injonction, l'astreinte voire – dans le domaine de l'urbanisme – la régularisation, il est difficile d'admettre une dénaturation complète de la finalité de l'excès de pouvoir puisque la demande principale réside encore dans l'annulation.

À cela s'est ajoutée la possibilité de moduler les effets dans le temps de la sanction juridictionnelle<sup>65</sup> mais là encore, l'objet de la demande reste la reconnaissance (ou non) de la sanction d'un vice par l'annulation (ou non) de sa décision.

Une des caractéristiques principales du recours pour excès de pouvoir tient à son caractère – en principe – objectif. Autrement dit, le requérant n'est recevable qu'à invoquer des moyens relatifs à l'illégalité de la décision attaquée. Des moyens tirés d'un contrat ne peuvent alors être invoqués, à moins qu'il ne s'agisse des clauses réglementaires insérées dans le contrat<sup>66</sup>. C'est ce caractère objectif qui justifie le principe selon lequel, en matière d'excès de pouvoir, le juge doit se placer à la date à laquelle l'acte a été édicté pour déterminer s'il a respecté le droit alors applicable et s'il a été correctement appliqué à la situation de fait qui existait en ce temps. Autrement dit, tous les changements de circonstances qui ont pu survenir en droit comme en fait sont en principe indifférents à la solution du litige.

Le juge doit alors objectivement contrôler la légalité des décisions administratives (susceptibles d'être contrôlées). Pour démontrer l'illégalité de ces dernières, le requérant peut invoquer ce que l'on nomme indifféremment les moyens d'annulation, les cas d'ouverture ou encore les cas de nullité des actes administratifs. Ces différents cas d'ouverture a donné lieu à de nombreuses tentatives de classification, comme par exemple celles d'Édouard Laferrière<sup>67</sup>, de Maurice Hauriou<sup>68</sup>, ou encore de Roger Bonnard<sup>69</sup>. Néanmoins, chaque classification détient obligatoirement ses faiblesses. Raymond Odent affirmait d'ailleurs qu'« il est vrai de dire qu'aucune classification n'est entièrement satisfaisante ; les illégalités et les procédés pour les censurer sont trop complexes pour être rangés dans une catégorie déterminée »<sup>70</sup>.

Nous nous rapprocherons pourtant de la classification de François Gazier<sup>71</sup> qui nous semble la plus satisfaisante. Il estime au nombre de six les cas d'ouverture, qu'il réunit trois par trois en distinguant les moyens de légalité interne et de légalité externe. Dans la légalité externe il inclut l'incompétence, le vice de forme et de procédure. Dans la légalité interne, on trouve le défaut de base légale, la

---

<sup>65</sup> Arrêt *Association AC!* préc.

<sup>66</sup> V. notamment CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables quartier Croix-de-Séguey-Trivoli*, n° 19167 ; CE, Ass., 10 juillet 1996, *Cayzele*, n° 138536 ; CE, 9 février 2018, *Communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération*, n° 404982.

<sup>67</sup> LAFERRIERE E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. II, 1re éd., Berger-Levrault, 1888, p. 372 et s.

<sup>68</sup> HAURIOU M., *Précis de droit administratif contenant le droit public et le droit administratif*, Larose et Forcel, 1892, p. 175, et *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 11e éd., 1927, p. 414.

<sup>69</sup> V. pour une étude exhaustive de la pensée de Bonnard, NOYER B., *Essai sur la contribution du doyen Bonnard au droit public français. Étude d'une étape de la participation de l'École de Bordeaux à la construction de l'État de Droit*, thèse, Bordeaux I, 1984.

<sup>70</sup> ODENT R. *Contentieux administratif*, 3e éd., 1979-1980, Les Cours de droit, p. 1659.

<sup>71</sup> GAZIER F., « Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950 », *EDCE*, 1951.

violation d'une disposition légale et le détournement de pouvoir ou de procédure. Cette dichotomie entre la légalité externe et interne a d'ailleurs été consacrée dans la jurisprudence *Intercopie*<sup>72</sup>.

Nous substituerons au défaut de base légale, la notion de vices relatifs aux motifs (qu'ils soient de droit ou de fait), et ce conformément à la structuration des tables du Recueil Lebon. Celle-ci paraît plus adéquate en ce qu'elle aboutit alors à différencier le respect du « but de l'acte », de celui de « l'objet de l'acte » ou des « motifs de l'acte » (ce que suggérait déjà, dans une certaine mesure, Roger Bonnard<sup>73</sup>).

Ces éléments feront l'objet d'un contrôle par le juge de l'excès de pouvoir qui vérifiera si l'illégalité (alléguée par un moyen d'annulation) est avérée et justifie la sanction de l'acte. Les différentes techniques abordées précédemment s'appliquent de façon plus ou moins privilégiée à certains de ces cas d'ouverture. Cette application favorisée vers un ou plusieurs cas d'ouverture illustre une hiérarchisation. Toutefois, l'excès de pouvoir présente une certaine singularité quant à l'observation de cette hiérarchisation.

## **B- La singularité de la hiérarchisation dans l'excès de pouvoir : fondement du choix de l'étude**

Étudier la hiérarchisation des illégalités dans le contentieux de l'excès de pouvoir est paradoxal. Le recours pour excès de pouvoir a (ou avait ?) « pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité »<sup>74</sup>. Le Conseil d'État, indiquait implicitement que le juge de l'excès de pouvoir était le juge objectif de toute la légalité. Or, il est aujourd'hui permis de relativiser ce propos en ce sens que le juge de l'excès de pouvoir n'apprécie pas les vices de légalité de manière identique. S'il est toujours le juge de la légalité, il semble que l'appréciation qu'il exerce puisse différer eu égard au vice considéré. De cette appréciation ambivalente, est née une certaine hiérarchisation des illégalités.

La singularité de la hiérarchisation des moyens dans le cadre de l'excès de pouvoir s'explique par deux facteurs. D'une part, c'est dans les possibilités de sanction que ce contentieux peut être qualifié de singulier, et d'autre part c'est son caractère très implicite qui fonde cette spécificité.

Toutefois, la hiérarchisation, même singulière en excès de pouvoir, trouve nombre de points communs avec celle qu'il est possible de constater dans le plein contentieux du contrat.

Comme nous l'avons vu, la hiérarchisation des illégalités est présente à tous les stades de l'examen juridictionnel, qu'il s'agisse de l'examen du moyen comme de la solution prise. Toutefois, l'excès de pouvoir obéit, en principe, à un format binaire dans la solution à donner au litige résidant dans la possibilité d'annuler ou de ne pas annuler.

L'annulation, qui fut et qui peut être encore qualifiée de « platonique »<sup>75</sup>, n'est plus la seule sanction que peut donner le juge de l'excès de pouvoir. Des alternatives à cette sanction se sont également

---

<sup>72</sup> CE, Sect., 20 février 1953, *Sté Intercopie*, n° 9772 ; CE, Ass., 15 juill. 1954, *Sté des aciéries et forges de Saint-François*, n° 4190 ; CE, Sect., 26 juin 1959, *Syndicat algérien de l'éducation surveillée CFTC*, n° 38299.

<sup>73</sup> BONNARD R., *Précis de droit administratif*, 4e éd., 1943, LGDJ, p. 98.

<sup>74</sup> CE, Ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, n° 86949.

<sup>75</sup> LANTERO C., « Sécurité juridique et mutation des annulations platoniques », *AJDA* 2019, p. 1100.

développées, comme notamment dans le contentieux contractuel. Cependant, l'annulation reste la sanction privilégiée dans l'excès de pouvoir, là où le contentieux contractuel a essayé de la marginaliser<sup>76</sup>. Cette spécificité du contentieux de l'excès de pouvoir limite partiellement la hiérarchisation des illégalités. Alors qu'en contentieux contractuel il est aisément possible de tracer une correspondance entre la gravité de l'illégalité et la sanction attribuée, le contour de cette observation apparaît plus difficile à cerner en excès de pouvoir. Dès lors, comme le souligne Olga Mammoudy<sup>77</sup>, « bien que le mouvement soit global en droit administratif, il appelle une analyse sectorielle ».

Une telle « analyse sectorielle » demande un effort supplémentaire en excès de pouvoir. Comme en contentieux constitutionnel, la hiérarchisation des illégalités est très implicite en ce sens que les décisions ne permettent pas l'identification d'un critère exprès fondant un classement. De surcroît, c'est peut-être une volonté du juge lui-même de ne pas développer une hiérarchie expresse des illégalités dans ces contentieux qui ne devraient s'intéresser qu'à la légalité *lato sensu* des actes soumis à leur contrôle dans le respect de leur compétence. Néanmoins, le contentieux de l'excès de pouvoir se distingue du contentieux constitutionnel en ce que l'aspect quantitatif des décisions juridictionnelles et des normes juridiques y est bien plus important. Dès lors, il est possible de s'interroger plus aisément sur ce mouvement. Cela permet une distinction supplémentaire avec le contentieux contractuel dans lequel il est relativement facile d'identifier le critère de la gravité pour modeler cette hiérarchie.

Pourtant, sans être expresse, une analyse des différentes techniques juridiques de stabilisation des décisions administratives permet l'identification d'une hiérarchisation. Ces différentes techniques révèlent une différence de valeur entre les illégalités. Dès lors, il serait envisageable de construire une réelle hiérarchie entre les illégalités dans ce contentieux. La singularité de la hiérarchisation dans le cadre de l'excès de pouvoir fonde l'enjeu même de l'étude en ce qu'elle appelle une recherche supplémentaire pour identifier correctement ce mouvement et en apprécier le constat.

## SECTION 2 : INTÉRÊT DE L'ÉTUDE

L'étude relative à la hiérarchisation des illégalités dans le contentieux de l'excès de pouvoir présente un intérêt certain. Le développement des techniques juridiques stabilisant l'acte administratif s'est accompagné de nombreuses critiques doctrinales. L'étude de la hiérarchisation des illégalités, fondée sur le mouvement de stabilisation des actes, ravive ses différentes problématiques (§ 1). L'analyse de la hiérarchisation doit permettre l'identification d'un critère qui fonde ce mouvement. Ce critère arrêté, il sera alors possible de dessiner une hiérarchie des illégalités (§ 2).

---

<sup>76</sup> DOUTEAUD S. *La stabilisation des contrats de l'administration par le juge de la validité*, Thèse pour le doctorat de droit public, soutenue à Pau le 12 octobre 2017, p. 801 et s.

<sup>77</sup> MAMOUDY O., « Sécurité juridique et hiérarchisation des illégalités dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *AJDA* 2019, p. 1108.

## § 1 : RAVIVER DES CRITIQUES LIÉES AU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

Même sous un nouvel angle, l'analyse des techniques juridiques abordées réactive des critiques relatives au contentieux administratif qui sont adressées envers le juge administratif (A). C'est surtout l'éventualité d'une nouvelle classification des cas d'ouverture de l'excès de pouvoir qui montre l'intérêt actuel d'une telle étude (B).

### A- Les critiques adressées au juge

Sans revenir sur toutes les problématiques liées au juge administratif, comme par exemple son pouvoir normatif<sup>78</sup>, nous nous intéresserons essentiellement à sa (prétendue) proximité avec l'administration. La hiérarchisation des illégalités peut mener à se demander si le juge de l'excès de pouvoir ne dévalorise pas certaines illégalités en faveur de l'administration. C'est notamment pour cela que la hiérarchisation des illégalités peut raviver la problématique relative à la proximité du juge et de l'administration.

Jacques-Henri Stahl dans ses conclusions sur l'arrêt *Hallal* précisait que l'office du juge s'arrête « lorsque la mise en œuvre d'une technique contentieuse reviendrait à conduire le juge à faire œuvre d'administrateur »<sup>79</sup>. Relatif à la concrétisation de la substitution de la base légale, cet arrêt ne place pas le juge administratif comme administrateur car la décision de l'administration comportait déjà tous les éléments utiles pour être légale. Toutefois, il est possible de se demander au service de qui la stabilisation des actes administratifs – et consubstantiellement la hiérarchisation des illégalités – a été menée. Effectivement, si la plupart des techniques juridiques précitées se justifient par une volonté de sécurisation de l'acte ou plus largement par des préoccupations de sécurité juridique, le message sous-tendu à l'administration et au justiciable n'est pas sans importance. Par exemple, les différents aménagements de l'examen juridictionnel relatifs aux vices de procédure (que ce soit par le biais de la fermeture du prétoire<sup>80</sup> ou du conditionnement de la substantialité du vice<sup>81</sup>) démontrent une dépréciation de ces derniers. La tolérance de l'illégalité qui résulte des vices pourrait donner l'impression que l'administration pourrait se défaire des modalités procédurales – certes, parfois excessives. Or, s'il est vertueux de limiter l'excès de formalisme, il paraît peu opportun que le juge administratif délaisse purement et simplement ces illégalités.

Mais est-ce vraiment le cas ? On peut en douter. La jurisprudence *Danthony* permet de limiter la sanction juridictionnelle à l'illégalité procédurale grave. De surcroît, lorsque le juge administratif recourt à la substitution de base légale ou de motif<sup>82</sup> pour consolider l'acte et pour éviter l'annulation, il paraît seulement animé par la volonté de réserver l'annulation à des illégalités graves.

---

<sup>78</sup> v. p. ex. BRAIBANT G., « le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 91 ou RIVERO J., « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *EDCE* 1955, p. 27.

<sup>79</sup> STAHL J.-H., Concl. sur CE, Sect. 6 février 2004, *Hallal*, n° 240560.

<sup>80</sup> Arrêt *CFDT Finances* préc.

<sup>81</sup> Arrêt *Danthony* préc.

<sup>82</sup> Arrêt *Préfet de la Seine Maritime c/ El Babi et Hallal* préc.

Pourtant, si l'administration ne doit pas se défaire de la forme et de la procédure de ses décisions, « elle prend peu de risques contentieux à ne pas respecter les normes procédurales qui encadrent son action »<sup>83</sup>. Cette absence de risque contentieux se trouvait justifiée objectivement par la sécurité juridique. Surtout, elle était en adéquation avec les techniques juridiques opérées. La jurisprudence *Danthony*, par exemple, permet de réserver la sanction aux illégalités de procédures graves sans toutefois éteindre la gravité de ces dernières. La jurisprudence *CFDT Finances* peine, quant à elle, à trouver une justification pour expliquer l'anéantissement de l'invocation des vices de forme et de procédure dans le cadre d'une exception d'illégalité ou contre un refus d'abrogation.

Cette tolérance des illégalités construit une conception négative du recours pour excès de pouvoir par le justiciable. Effectivement, il peut être découragé par la mise en œuvre de ces procédés qui ont tous pour but de ne pas lui permettre d'obtenir ce qu'il demande, c'est-à-dire l'annulation. De surcroît, l'illégalité – même constatée par le juge et devant aboutir à l'annulation rétroactive – peut être régularisée, que cette régularisation soit de source législative<sup>84</sup> ou prétorienne<sup>85</sup>.

« L'appréciation sur laquelle repose telle ou telle de ces évolutions jurisprudentielles - *Danthony*, *Czabaj*, *CFDT finances* - peut être critiquée. Le curseur a-t-il été placé trop loin ? »<sup>86</sup>. La relation entre l'administration et l'administré s'inscrivait déjà dans une certaine asymétrie que le juge, pour des raisons de sécurité juridique, a continué de creuser. C'est ce qui fait sans doute dire à Caroline Lantero que : « trop loin ou pas, le curseur a été déplacé et [que] l'expression devient dépréciative en ce qu'elle désigne finalement, non plus la protection contre la brutalité d'une annulation, mais la « stabilité juridique » comme explication du juge pour préserver les actes illégaux de l'annulation, privilégiant trop souvent l'administration, et rompant avec l'objectif d'équité »<sup>87</sup>.

Il est même parfois permis de s'interroger sur la constitutionnalité voire sur la conventionnalité des techniques employées par le juge pour préserver les actes illégaux<sup>88</sup>. C'est la conformité des mécanismes fondant la hiérarchisation des illégalités qui peut donc être remise en cause.

La volonté d'aménager l'importance des illégalités ravive donc ces problématiques. Le juge administratif paraît tenter de sécuriser le droit et de garantir la bonne administration de la justice. Officieusement, le juge administratif, par les diverses mesures employées, est peut être également animé par une volonté de désengorger les tribunaux. Toutefois, la mobilisation de ces techniques (ré)animent la proximité du juge et de l'administration. Outre les critiques adressées au juge administratif, d'autres se dirigent plus largement vers l'évolution du contentieux administratif.

## **B- La remise en cause de la classification des cas d'ouverture de l'excès de pouvoir**

Précédemment nous avons abordé les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir en esquissant les difficultés à les identifier. Traditionnellement, on distingue les cas d'ouverture en fonction de la cause juridique à laquelle ils se rattachent. Ainsi, l'incompétence, les vices de forme

---

<sup>83</sup> MAMOUDY O., op. cit., *AJDA* 2019, p. 1108.

<sup>84</sup> V. par ex. art. L. 600-5 et L. 600-5-1 du Code de l'urbanisme.

<sup>85</sup> Arrêt *Commune d'Emerainville* préc.

<sup>86</sup> Daniel Labetoulle lors des entretiens du contentieux du Conseil d'État le 18 novembre 2018

<sup>87</sup> LANTERO C. op. cit., p. 1100.

<sup>88</sup> V. infra p. 91 et s.

et de procédure se rejoignent dans la légalité externe. Les erreurs, le détournement de pouvoir ou de procédure et la violation directe de la loi sont quant à eux rangés dans la légalité interne. L'étude de la hiérarchisation des illégalités enseigne que cette classification n'est plus (voire n'a jamais été) satisfaisante. L'étude générale propose une nouvelle classification des cas d'ouverture. Pour illustrer ce bouleversement de la classification des cas d'ouverture en fonction de la cause juridique à laquelle ils se rattachent nous prendrons l'exemple de l'incompétence.

Pour l'heure, nous nous en tiendrons à un triple constat. Alors que le premier constat paraît intercéder en faveur de l'appartenance de l'incompétence à la légalité externe, les deux autres paraissent indiquer le chemin inverse.

En ce qui concerne le premier point, le glossaire du Conseil d'État explique que la légalité externe désigne les « règles de compétence, de forme et de procédure que doit respecter une décision administrative pour être légale » et que la légalité interne représente les « conditions de fond que doit respecter une décision administrative pour être légale »<sup>89</sup>. La légalité externe ne s'attachant pas au contenu de l'acte, il était donc logique de ne pas y intégrer la compétence. De surcroît, c'est dans les effets d'une annulation prononcée qu'il est possible de rattacher la compétence à la légalité externe. Une annulation pour illégalité externe permet à l'administration, sans violer la chose jugée, de reprendre la même décision suivant une procédure régulière. L'incompétence qui ne s'attache pas, en principe, aux règles de fond de la décision suit le même mouvement.

En ce qui concerne les deux autres constats, c'est en premier lieu dans la définition de la compétence qu'il est possible de douter d'une telle classification. L'« incompétence négative » administrative était définie par Laferrière comme un « cas où une autorité, au lieu de franchir les limites de sa compétence, reste en deçà, et refuse de faire un acte de son ressort en déclarant qu'elle n'a pas qualité pour l'accomplir »<sup>90</sup>. Dès lors, elle constituerait davantage une illégalité interne plutôt qu'externe ; comme l'admettent d'ailleurs certains arrêts, elle se rapproche de l'erreur de droit<sup>91</sup>. De plus, la compétence est parfois qualifiée de « mère de tous les vices » en ce que la compétence est toujours, plus ou moins directement, liée à toutes les illégalités. Pour cette raison, dire que la compétence n'affecte pas la substance de l'acte reste discutable. En second lieu, c'est par l'exclusion de la compétence des aménagements prévus pour les vices de forme et de procédure que cette dernière se détache de la légalité externe<sup>92</sup>.

Ces remarques nous amèneront à constater que l'incompétence est en réalité une illégalité singulière proche de la légalité interne<sup>93</sup>. D'ailleurs, cette critique amène à s'interroger sur une nouvelle classification puisqu'il faut réfuter le critère de la cause juridique. Cette nouvelle nomenclature est

---

<sup>89</sup> <https://www.conseil-etat.fr/Glossaire>.

<sup>90</sup> LAFERRIERE E., op. cit., p. 491.

<sup>91</sup> CE, Sect., 16 septembre 1983, *Ministre du travail c/ Mme Saurin*, Lebon p. 390 et CE, Sect., 20 juin 2003, *Stilinic*, n° 248242.

<sup>92</sup> V. par ex. : CE, Ass, 18 mai 2018, *CFDT Finances* n° 414583. Appliquant le principe de l'arrêt aux vices de forme et de procédure, le Conseil d'État prend soin d'ajouter que « la compétence de son auteur et l'existence d'un détournement de pouvoir peuvent être utilement critiquées » (point 4).

<sup>93</sup> V. infra p. 75 et s.

singulière puisqu'elle se construit de façon hiérarchique. Toutefois, pour établir une classification il faut choisir un critère de distinction.

## § 2 : MODELER UNE HIÉRARCHIE EN FONCTION DE LA GRAVITÉ DE L'ILLÉGALITÉ

La hiérarchisation des illégalités dans le contentieux de l'excès de pouvoir s'étudie au regard des diverses techniques juridiques mobilisées par le juge administratif puisqu'elles traduisent une différence de valeur entre les illégalités. Cette distinction se justifie par la gravité des illégalités (A). L'observation de ce mouvement de hiérarchisation nous mènera subséquemment à l'établissement d'une hiérarchie des illégalités fondée sur le critère de gravité (B).

### A- Étudier la hiérarchisation pour dégager le critère de gravité

L'étude de la hiérarchisation des illégalités nous enseigne qu'il vaut mieux réfuter le critère de la cause juridique. Toutefois, pour construire une classification hiérarchique des illégalités il fallait nécessairement trouver un point de distinction entre les illégalités. Cette distinction doit s'opérer en fonction de la gravité des illégalités (1). La notion de gravité, mobilisée par le juge administratif, souffre néanmoins d'une absence de définition – qu'elle soit jurisprudentielle ou textuelle. Il faut donc l'appréhender (2).

#### 1- Une distinction des vices de la légalité fondée sur la gravité

La hiérarchisation des illégalités s'observe par l'application systématique ou non, de techniques juridiques envers un ou plusieurs types d'illégalités. Par exemple, la jurisprudence *Danthony* s'applique systématiquement pour les vices de procédure. Cette technique juridique vise à déprécier la valeur de ce vice.

Ainsi, lorsque des techniques s'appliquent à tous les vices, on peut remarquer une graduation générale de leur valeur. Toutefois, cette graduation ne permet pas de hiérarchiser les illégalités entre elles puisqu'elles se voient toutes appliquer la même dépréciation (ou la même valorisation).

Existe-t-il pour autant un critère de distinction ? Il faut préalablement réfuter le critère de la nature pour choisir une distinction fondée sur la gravité. Pourtant, instinctivement, l'étude de la mobilisation de ces techniques amène à songer au critère de la nature, puisque ces techniques paraissent spécialement tournées vers les illégalités de forme et de procédure, bien plus que vers les illégalités internes. En cela, nous pourrions penser que la légalité externe est dépréciée et que la légalité interne est valorisée. L'exemple de l'incompétence donné précédemment permet pourtant de réfuter le critère de la nature. Pourtant, plusieurs facteurs peuvent justifier le choix de la nature comme critère de la classification hiérarchique des illégalités.

Il existe en premier lieu un facteur théorique qui viserait à expliquer que la classification des illégalités se fait en fonction de leur « nature » propre. Ainsi, il est permis de penser que la considération attachée à la légalité externe et à la légalité interne fonderait le critère de la nature. Si l'on s'attache à leur substance on remarque que les illégalités externes ne font qu'encadrer « l'extérieur » de l'acte c'est-à-dire les conditions de l'édiction ou de l'élaboration. Au contraire, la



légalité interne renvoie à la substance même de l'acte. De plus, nous l'avons abordé, lorsqu'une annulation est prononcée, ce sont les conséquences sur la chose jugée, en fonction de la nature qui pourraient permettre de déterminer comme essentiel le critère de la nature. Jean Kahn affirmait dans ses conclusions sur la décision *Dame Ginestet*<sup>94</sup> que 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 » alors que l'illégalité interne « peut être comprise comme celle qui, sauf exception, interdit à l'administration de reprendre la même décision ». En raison de ces justifications, le juge aurait mobilisé plus facilement les mécanismes vers la légalité externe plutôt qu'interne.

En second lieu, et de façon plus pragmatique, c'est l'utilisation de la notion de « nature » par le juge qui viserait à expliquer la classification hiérarchique des illégalités. Par exemple, dans sa décision du 22 février 2017, *Mme Bonhomme et autres*<sup>95</sup>, le Conseil d'État a affirmé devoir prendre en compte « la nature » et la « portée du vice » pour apprécier le recours à la régularisation en matière d'urbanisme. Une analyse rapide permettrait de retenir la nature comme critère. Toutefois, en excès de pouvoir les décisions ne sont pas très explicites sur ce point à la différence du contentieux contractuel. La première apparition de la notion date de l'arrêt *Institut de recherche pour le développement*<sup>96</sup>. Les arrêts *Tropic*<sup>97</sup> et *Béziers I*<sup>98</sup> expliquent plus explicitement que le juge sélectionne la sanction juridictionnelle « après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise ». L'arrêt *Ophrys* prévoit également que le juge de l'exécution arrête la teneur de la mesure d'injonction en tenant compte de « la nature de l'irrégularité commise »<sup>99</sup>.

Cependant que les décisions énoncent le critère de la « nature » c'est bien la gravité de l'illégalité contractuelle qui est prise en compte. Laurent Richer explique que le juge « Tropic » « ne prononcera pas nécessairement l'annulation du contrat ; la gravité de la mesure prise dépendra de celle de l'illégalité et de l'atteinte à l'intérêt général »<sup>100</sup>. En excès de pouvoir, même si les décisions semblent plus implicites, nous pouvons comprendre que c'est également la gravité de l'illégalité qui est prise en compte. Isabelle de Silva rappelle dans ses conclusions sur l'arrêt *Halla*<sup>101</sup> que « la présidente Hagelsteen, lorsqu'elle proposait en 1981 l'évolution qu'*Alitalia* consacre [...] que « toutes les illégalités ne sont pas pareillement graves ». De surcroît, Jacques-Henri Stahl précisait que « l'office du juge administratif de la légalité est de mesurer la valeur des critiques de légalité qui sont susceptibles d'être adressées aux actes administratifs devant lui et d'apprécier si ces critiques sont de nature à justifier la censure de ses actes »<sup>102</sup>. En précisant que le juge administratif doit mesurer la « valeur » des critiques de légalité, il entend implicitement mesurer « l'importance » ou « l'impact » des illégalités sur la légalité de l'acte. Gaëlle Dumortier écrivait dans ses conclusions sur l'arrêt *Danthony*<sup>103</sup> qu'« une irrégularité qui ne peut ou n'a pu être de nature à affecter la teneur de

<sup>94</sup> CE, Sect., 23 mars 1956, *Dame veuve Ginestet*, n° 3587.

<sup>95</sup> CE, 22 février 2017, *Mme Bonhomme et autres*, n° 392998.

<sup>96</sup> CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, n° 248950. Le Conseil d'Etat explique que le juge de l'exécution doit « prendre en compte la nature de l'acte annulé ainsi que le vice dont il est entaché ».

<sup>97</sup> Arrêt *Tropic Travaux signalisation*, préc.

<sup>98</sup> Arrêt *Commune de Béziers* préc., dit « Béziers I ».

<sup>99</sup> CE, 21 février 2011, *Société Ophrys*, n° 337349.

<sup>100</sup> RICHER L., *Droits des contrats administratifs*, L.G.D.J., 2014, 9<sup>ème</sup> ed., p. 171.

<sup>101</sup> DE SILVA I. Concl. préc.

<sup>102</sup> STAHL J-H. Concl. préc.

<sup>103</sup> DUMORTIER G. Concl. préc.

la décision n'a pas à être sanctionnée par l'annulation de celle-ci ». Lorsque « l'irrégularité » n'est « pas de nature » à affecter la teneur de la décision, ce n'est pas la nature de l'illégalité qui est prise en compte. En effet, c'est l'impact qu'elle peut avoir sur la décision qui justifiera que l'illégalité soit sanctionnée. Autrement dit, même implicitement, c'est bien l'impact sur la légalité de l'acte que le juge mesure. En appréciant cet impact, le juge s'interroge non pas sur la nature de l'illégalité mais sur les conséquences qu'elle produit. De ce fait, c'est bien la gravité qui anime l'appréciation du juge pour sanctionner ou non une illégalité. D'ailleurs, le Conseil d'État dans l'arrêt *Rosan-Girard*, en déclarant « nul et non avenue » l'acte du préfet, affirme qu'il a pris cette sanction « eu égard à la gravité de l'atteinte ainsi portée par l'autorité administrative aux attributions du juge de l'élection »<sup>104</sup>. Le juge de l'excès de pouvoir affirme donc, en ce cas, que la sanction est consubstantielle à la gravité de l'illégalité considérée.

Il nous faut donc réfuter le choix de la nature comme critère de la hiérarchisation pour deux raisons. La première c'est que l'instinct est parfois trompeur lorsqu'il mène à des conclusions trop hâtives. S'il est vrai que l'on peut constater des différences de traitement en fonction de la nature des illégalités, c'est le critère de la gravité qui fonde véritablement ce traitement. Effectivement, lorsque l'approche tend à montrer qu'une illégalité externe ne s'attache qu'au contour de l'acte plutôt qu'à son contenu, cela revient en réalité à souligner que cette même illégalité est moins grave que l'autre. En d'autres termes, la nature est prise en compte dans le critère de la gravité. Les vices de légalité externes (sauf l'incompétence) ont un impact moins fort sur la légalité de l'acte. Cet impact traduit une différence de gravité en raison de la nature du vice.

En ce qui concerne la chose jugée, les appréciations que l'on peut en donner sont plus subtiles. Car si c'est bien la nature de l'illégalité qui fait jouer ses effets sur la chose jugée c'est le constat de ces effets qui participe ou non au caractère grave de l'illégalité. Par exemple, une annulation pour un vice de procédure permet à l'administration de reprendre le même acte en suivant régulièrement la procédure. C'est parce que le vice de procédure ne s'attache pas à la substance de l'acte qu'existe cette possibilité pour l'administration, c'est donc bien la nature de l'illégalité qui définit ses effets. Or, de ce constat, il est possible d'affirmer qu'une annulation pour un vice de procédure est moins « utile » que pour un vice de fond. C'est pour cela qu'était exprimé le vœu de résoudre ces annulations « faisant perdre du temps à tout le monde »<sup>105</sup>. Ainsi, de cette observation le juge en a déduit le caractère moins efficace d'une annulation pour un vice de légalité externe. Ce caractère moins efficace a fondé une relativisation de la gravité des vices de forme et de procédure parce que leur gravité n'affecte pas l'acte entier. Ainsi, si la nature est présente c'est également la gravité qui justifie l'application. Là encore, c'est l'impact sur la légalité de l'acte que le juge prend en considération. L'impact sur la légalité d'un acte est limité puisqu'il ne permet que de toucher que l'« extérieur » de l'acte. Pour réfuter le critère de la nature de l'illégalité, il suffit de reprendre l'exemple de l'incompétence. L'incompétence, considérée comme une illégalité externe, n'aboutit pas à l'anéantissement de l'acte illégal. Ainsi, l'administration peut reprendre le même acte entaché d'incompétence en respectant désormais une procédure régulière. Néanmoins, l'incompétence n'est jamais dépréciée au même titre que les autres illégalités externes. Si la nature de l'illégalité

---

<sup>104</sup> CE, Ass., 31 mai 1957 - *Rosan Girard*, n° 26188, 26325.

<sup>105</sup> LANTERO C., *op. cit.*, p. 1100.

justifiait à elle seule la différence de valeur entre les illégalités, l'incompétence se trouverait également dépréciée.

La seconde raison, c'est qu'il est possible à l'intérieur des cas d'ouverture – et donc indépendamment de la nature de l'illégalité – de hiérarchiser les illégalités en fonction de leur gravité considérée. Nous songeons évidemment à la jurisprudence *Danthony* qui distingue les vices de procédure substantiels et non substantiels. En d'autres termes, s'il est possible de hiérarchiser les illégalités à l'intérieur des cas d'ouverture, la nature ne peut permettre à elle seule d'expliquer la différence de valeur des illégalités.

Ainsi, l'observation de la jurisprudence, parfois éclairée par les conclusions des rapporteurs publics, révèle une incohérence : le juge administratif s'emploie à utiliser la notion de « nature » du vice alors que c'est bien l'« impact » du vice sur la légalité de l'acte qui représente le critère de distinction. Toutefois, la gravité n'est pas définie par le juge administratif. Que représente-t-elle ? Peut-on esquisser une définition de la notion ?

## ***2- L'appréhension de la notion de gravité***

La notion de gravité est, nous l'avons vu, quelque fois mentionnée dans les décisions du juge administratif. La doctrine s'y est également intéressée. Par exemple, Christian Debouy précisait que « transposant une idée fameuse du Doyen Duguit, on pourrait envisager une échelle de la gravité des illégalités : en deçà d'un certain degré, il n'y aurait pas de moyen car l'illégalité serait trop vénielle ; au-delà, le moyen contentieux naîtrait et, passé un certain échelon, on verrait apparaître la sanction des péchés mortels par les moyens d'ordre public »<sup>106</sup>. La gravité n'est donc pas absente des commentaires ou de la réflexion de la doctrine ou du juge.

Pourtant, s'il n'est pas, *a priori*, difficile de saisir l'acceptation de la gravité d'une illégalité, il paraît plus complexe d'en définir le contour. Effectivement, la gravité peut être imaginée comme l'impact de l'illégalité sur l'acte. De cet impact, il est possible de dégager l'importance de l'illégalité. Autrement dit, la gravité témoigne de la « nocivité » du vice qui va plus ou moins « empoisonner » l'acte. La gravité n'est donc pas difficile à comprendre. La complexité de la notion se matérialise à l'appréciation du critère de gravité. Autrement dit, comment peut-on considérer qu'un vice est grave ? Si l'on sait que la gravité de l'illégalité est symbolisée par l'« impact » sur la légalité de l'acte, faut-il encore savoir comment mesurer cet « impact ».

La première complexité se révèle en ce que la mesure de l'impact de l'illégalité s'apprécie à la discrétion du juge et de l'espèce. En d'autres termes, le juge choisit l'importance de l'illégalité. Cette importance se mesure alors par les différentes techniques mobilisées envers l'illégalité considérée. Par exemple, le juge administratif semble avoir souhaité déprécier la valeur (ou la gravité) du vice de procédure. Pour matérialiser ce changement de valeur, le juge administratif a encadré la gravité de ce vice par la jurisprudence *Danthony*. Toutefois, l'espèce de l'affaire pourra montrer que le vice de procédure dans le litige, est d'une importance telle qu'il pourra justifier une sanction de l'acte.

---

<sup>106</sup> DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, P.U.F., Publications de la faculté de droit et de sciences sociale de Poitiers, 1980, T. n° 9, p. 4.

La seconde complexité s'illustre par la subtilité de l'appréciation du critère de la gravité. Effectivement, il est possible de qualifier la gravité comme un critère « support » c'est-à-dire qu'à l'intérieur de celui-ci existe plusieurs autres « sous-critères » qui permettent d'appréhender la gravité de l'illégalité. La nature est un de ces « sous-critères ». Ainsi, la gravité englobe la nature là où la seule nature ne paraît pas suffisante à expliquer ce mouvement.

Son acception dans le domaine des sciences physiques permet d'illustrer ce critère avec acuité. La gravité, en ce domaine, peut être définie comme un « phénomène d'attraction d'un corps vers le centre de la terre »<sup>107</sup>. On pourrait considérer que le « phénomène d'attraction » est représenté par les techniques juridiques employées par le juge, que le corps est représenté par « l'illégalité », et que le « centre de la terre » désigne l'acte. Le juge peut alors rendre « attractif » un vice, ce qui lui d'avoir un impact important sur la légalité de l'acte. Au contraire, il peut réduire l'attractivité d'un vice, ce qui affaiblit l'impact sur la légalité de l'acte. Lorsque le vice est assez « attractif » c'est-à-dire assez grave, il peut justifier une sanction, sans pour autant que le juge décide de sanctionner l'acte.

La nécessité de distinguer les notions de vice et d'illégalité se présente alors. L'exercice n'est pas simple, puisque le vice a parfois mérité un « mode d'emploi »<sup>108</sup>. Pour s'attaquer à la différenciation des deux notions, il faut se détacher de la conception binaire selon laquelle « un acte est ou n'est pas illégal : en ce sens l'illégalité est une »<sup>109</sup>. Si toute contrariété à une norme est une violation de la légalité *lato sensu*, toutes les contrariétés ne semblent guère pouvoir être considérées comme des illégalités. Par exemple, certaines techniques ont pour objet d'encadrer le degré de gravité des vices. Ainsi, alors qu'ils auraient dû conduire au constat de l'illégalité mais qu'ils n'y parviennent pas, il semble nécessaire de reconsidérer les notions employées.

Le vice ne doit alors être considéré que comme un simple « défaut affectant un acte ou une situation juridique dans sa formation ou son origine »<sup>110</sup>. Dès lors qu'il existe un défaut de l'acte soit dans la forme, soit dans le fond, ce dernier est vicié. L'illégalité quant à elle doit privilégier le cas où le vice est d'une gravité considérée comme importante c'est à dire comme susceptible d'entraîner une sanction.

Dès lors, tous les vices ne deviennent pas des illégalités alors que toutes les illégalités sont originellement des vices. Il est possible d'affirmer que l'illégalité doit transcrire une certaine gravité du vice et représente alors, une conséquence potentielle du vice. L'illégalité doit être perçue comme l'admission du défaut par le juge, défaut capable de justifier l'annulation de l'acte. Autrement dit, le défaut doit être constaté par le juge et considéré comme suffisamment grave pour que l'acte soit sanctionnable. Cette distinction nous permet de remarquer que c'est bien le juge qui choisit de considérer qu'un vice est grave ou non.

En somme, les vices sont plus ou moins distancés de la sanction en fonction de leur gravité. Lorsqu'ils sont considérés comme graves, ils deviennent des illégalités capables d'entraîner une sanction. La gravité est donc au centre de la classification des vices de la légalité. Elle représente

---

<sup>107</sup> <https://www.cnrtl.fr/definition/gravité>.

<sup>108</sup> DOMINO X. et BRETONNEAU A., « Le vice, mode d'emploi », *AJDA*, 2012 p. 195.

<sup>109</sup> BERLIA G., « Le vice de forme et le contrôle de la légalité des actes administratifs », *RDP*, 1940, p. 373.

<sup>110</sup> CORNU G., *op. cit.*, p. 1063.

schématiquement l'importance considérée d'un vice. La gravité explique la hiérarchisation des vices de la légalité mais, est-il alors possible de construire une hiérarchie fondée sur ce critère ?

## **B- Modéliser subséquemment une hiérarchie des vices fondée sur la gravité (plan)**

La gravité est donc le critère le plus pertinent pour classer de façon hiérarchique les vices. Ce critère est toujours pris en compte quel que soit le vice considéré. Ainsi, même à l'intérieur d'un cas d'ouverture il est possible de hiérarchiser les vices. Par exemple, les vices de procédure intervenus lors d'une procédure consultative n'ayant pas de caractère obligatoire n'entraînent pas, en principe, de sanction<sup>111</sup>. A l'inverse, le Conseil d'État censure presque systématiquement l'omission d'une consultation obligatoire<sup>112</sup>.

Toutefois, le critère de la gravité est confronté à une difficulté, celle de l'espèce. Effectivement, l'espèce peut influencer sur le caractère « grave » ou non du vice, ce dernier graduant en fonction des circonstances de l'espèce. Par exemple, l'omission d'une consultation obligatoire peut ne pas être censurée en raison des circonstances de l'espèce<sup>113</sup>. Cette différenciation de l'appréciation de la gravité en fonction du cas soumis au juge est un obstacle conséquent à la modélisation de la hiérarchie, dans la mesure où il n'est pas possible d'établir un ordre précis pour tous les vices. Cependant, si tous les vices étaient hiérarchisés selon leur gravité, cela aurait pour désavantage d'injecter une trop grande rigidité dans l'appréciation du juge. Si la difficulté se dresse sur le chemin du chercheur, elle est sans doute bienvenue si l'on se tourne vers le juge, puisque ce dernier s'octroie toujours une marge de manœuvre pour exercer pleinement la tâche qui est la sienne. L'étude se voudra donc être une tentative de modélisation d'une hiérarchie globale des vices, sans pour autant rechercher la valeur de chacun d'eux.

Rappelons que la hiérarchisation des vices de légalité s'observe grâce à la mobilisation des diverses techniques juridiques employées par le juge. Il semble alors nécessaire de distinguer deux temps de l'analyse juridictionnelle que sont le stade de l'examen de la légalité de l'acte et le stade de la sanction de l'acte. L'utilité de diviser ce temps juridictionnel s'explique en ce que la gravité ne s'apprécie pas de la même manière dans les deux stades.

Au stade de l'examen se pose la question de savoir si l'acte est illégal ou non. La distinction entre un vice et une illégalité prend son sens. Effectivement, le juge doit se demander si le vice est, ou non, une illégalité ? Autrement dit, le vice est-il d'une gravité importante ou pas ? A ce stade, les techniques juridiques sont mobilisées de façon systématique à un type d'illégalité. De ce fait, il est possible d'identifier clairement la valeur intrinsèque de chacun des vices et de les faire entrer dans des catégories distinctes. Une classification fondée sur la gravité est donc réalisable.

---

<sup>111</sup> V. par ex. CE, 19 juin 2013, *M. Jean J*, n° 356084.

<sup>112</sup> v. par ex. CE, 15 mai 2012, *Fédération Intervo CFDT*, n° 339834 ; CE, 17 juillet 2013, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n° 354103 ; CE, 9 novembre 2015, *Syndicat nation Solidaires Justice* n° 385962 ; CE, 15 avril 2016, *M. L.*, n° 372130 ; CE, 17 mars 2017, *Chambre de commerce et d'industrie de région Paris Ile-de-France*, n° 392467.

<sup>113</sup> v. CE, 23 juillet 2012, *Association générale des producteurs de maïs*, n° 341726 ; CE, 22 octobre 2018, *M. F. et autres*, n° 406746.

Ainsi, certains vices peuvent être qualifiés de « super privilégiés » puisque le droit leur reconnaît une présomption de gravité. Cette présomption de gravité s'exprime par un régime juridique particulier qui tend à considérer ces vices comme particulièrement graves. Dès lors, en leur reconnaissant une présomption de gravité, le juge les assimile immédiatement à des illégalités. À un échelon inférieur, on peut trouver des vices « privilégiés » qui s'assimilent aux premiers en ce que l'on admet qu'ils représentent des illégalités. Toutefois, ils ne bénéficient pas d'un régime juridique spécifique accentuant la considération de leur gravité. Enfin, bénéficiant pourtant du même régime juridique que ceux qualifiés de « privilégiés », d'autres vices peuvent ne pas être considérés comme des illégalités et se voient ainsi reconnaître une gravité inférieure. Il s'agira des « vices neutres ».

Au stade de la sanction, l'acte est reconnu illégal et donc deux questions se posent. L'illégalité va-t-elle entraîner une sanction ? Le cas échéant, laquelle ? À ce stade le vice est déjà reconnu comme une illégalité puisqu'il est considéré comme « sanctionnable ». Néanmoins, alors qu'au stade de l'examen les techniques juridiques permettent d'arrêter une hiérarchie, au stade de la sanction, la hiérarchisation n'a pas été systématisée et rend impossible le constat d'une hiérarchie. La classification présente donc une insuffisance au stade de la sanction en ce qu'il n'est possible de remarquer qu'une hiérarchisation. Il est pourtant possible d'identifier des catégories de vices formant une hiérarchie des illégalités au stade de la sanction. Néanmoins, il semble impossible de savoir avec certitude quelle illégalité précise entre dans une catégorie de façon systématique.

Ainsi, certaines illégalités rendent l'acte sanctionnable sans qu'il soit pour autant sanctionné ; nous les désignerons comme des « illégalités de troisième degré » (les plus faibles). D'autres, au contraire, mènent à une sanction. Néanmoins, en renforçant son office, le juge de l'excès de pouvoir a su développé des alternatives à l'annulation totale et rétroactive. Ainsi, certaines illégalités conduisent à des aménagements de la sanction traditionnelle ; il s'agit alors des « illégalités de second degré ». D'autres illégalités, considérées comme particulièrement graves, nécessitent une annulation totale et rétroactive sans aménagement ; il s'agit alors des « illégalités de premier degré ».

Cette hiérarchie, qu'il est possible de dessiner à chacun des stades de l'examen, se remarque grâce à la mobilisation des techniques juridiques employées par le juge. Cet usage de ces techniques a permis de graduer la gravité des vices. Cependant, certains de ces vices se voient attribuer, en toute originalité, une valeur singulière qui mérite une analyse distincte puisqu'ils sont directement présumés illégaux. En somme, si tous les vices connaissent une graduation de leur gravité (**Partie 1**), seuls certains se voient accordés une présomption de gravité (**Partie 2**).

# **PARTIE 1 : UNE PRESOMPTION DE GRAVITE INHERENTE A CERTAINS VICES DE LEGALITE**

---

Certains vices méritent une attention particulière puisqu'ils sont présumés illégaux. Cette présomption d'illégalité traduit consubstantiellement une présomption de gravité. Ces vices sont considérés comme particulièrement graves et sont directement considérés comme des illégalités. Ainsi, le juge ne s'interroge pas sur la gravité de ceux-là et considère qu'ils peuvent entraîner directement la sanction de l'acte (sans pour autant qu'ils y parviennent). Ces illégalités représentent donc des vices « super privilégiés ».

Deux interrogations se doivent d'être posées. D'une part, il convient de s'interroger sur la justification de cette présomption. D'autre part, il faut se demander comment peut-on relever cette présomption ?

Il est possible de justifier cette présomption de gravité par le lien, plus ou moins direct, qu'ont ces illégalités avec la notion de compétence (**Chapitre 1**). Cette présomption de gravité se révèle par un régime juridique distinct des autres illégalités et des simples vices (**Chapitre 2**).

# CHAPITRE 1 : UNE PRESOMPTION JUSTIFIEE PAR L'IMPERATIF DU RESPECT DES COMPETENCES

---

Ces illégalités sont toutes irriguées par la notion de compétence. Cette dernière peut être définie de façon générale comme l'ensemble des pouvoirs et devoirs attribués et imposés à une personne ou une entité pour lui permettre de remplir sa fonction. Toutefois, il convient de distinguer entre la compétence du juge qui se matérialise par diverses illégalités et celle de l'auteur de l'acte qui représente un cas d'ouverture dans l'excès de pouvoir. D'ailleurs, preuve de cette différence, le vocabulaire juridique du Cornu sépare la notion de compétence pour une autorité (entendue comme agent) et pour une juridiction<sup>114</sup>. Les vices « super privilégiés » sont présumés illégaux en ce qu'ils permettent soit d'assurer la compétence du juge (**Section 1**) soit parce qu'ils ont pour objet de sanctionner la méconnaissance de la compétence de l'auteur de l'acte (**Section 2**).

## SECTION 1 : ASSURER LA COMPETENCE DU JUGE

Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, les problématiques liées à la constitutionnalité ne sont pas anodines. D'une part, parce que le juge administratif est le juge de la constitutionnalité des actes administratifs et d'autre part, parce qu'il est un acteur du contrôle de la constitutionnalité de la loi sans en être le juge qui la sanctionne (ou non). C'est l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) qui a mené à cette deuxième affirmation. Conçue comme un véritable moyen interrogeant la constitutionnalité, elle doit être analysée dans l'étude. C'est d'ailleurs l'inconstitutionnalité soulevée dans la QPC qui permet d'affirmer qu'il fut prévu de privilégier la compétence du juge constitutionnel (§ 1). À côté de cette problématique, il fallut également garantir celle du juge administratif (§ 2).

### §1 : PRIVILÉGIER LA COMPÉTENCE DU JUGE CONSTITUTIONNEL

Le paysage du contentieux constitutionnel fut remarquablement bousculé par l'introduction de la QPC. Ce bouleversement du contentieux constitutionnel était motivé par les critiques relatives à l'absence de contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois. En outre, c'était également la volonté de placer le Conseil constitutionnel comme gardien effectif des droits et libertés fondamentaux qui permit cette introduction. Si l'on peut affirmer que la favorisation du contrôle de constitutionnalité relève davantage d'une volonté de réaffirmation de la hiérarchie des normes, la volonté d'imposer le respect de la compétence du juge constitutionnel se constate également.

---

<sup>114</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011, p. 210-211.



De ce fait, l'illégalité soulevée par la QPC se devait d'être traitée différemment en ce qu'elle entend assurer la compétence du Conseil constitutionnel. Pour cela, la QPC devait être un outil devant favoriser le contrôle de constitutionnalité face au contrôle de conventionnalité (A). Au-delà, le juge ordinaire interne devait respecter la compétence du Conseil constitutionnel (B).

## **A- Favoriser le contrôle de constitutionnalité par rapport au contrôle de conventionnalité**

Privilégier la compétence du juge constitutionnel était devenu une volonté de plus en plus forte de la part de la doctrine. Pourquoi ? Le développement de la protection des droits fondamentaux, notamment dans l'espace européen, grandissait au fur et à mesure du temps. Le Conseil ne pouvant, avant 2008, contrôler la constitutionnalité de la loi qu'à l'initiative du Président de la République, du Premier ministre, du Président de l'Assemblée nationale, du Président du Sénat ou de soixante députés ou soixante sénateurs<sup>115</sup>, la norme législative restait dans la plupart des cas possiblement attentatoire aux droits et libertés fondamentaux. La QPC a résorbé le mouvement. Le tableau peut être ainsi dépeint : avant l'instauration de la QPC le contrôle de conventionnalité était préféré pour défendre les droits et libertés (1) et son instauration a permis de favoriser le contrôle de constitutionnalité (2).

### ***1- La préférence du contrôle de conventionnalité pour la protection des droits et libertés fondamentaux avant l'instauration de la QPC***

La protection des droits fondamentaux par le contrôle de constitutionnalité des lois est réellement initiée en 1958 avec la création du Conseil constitutionnel. Toutefois, le contrôle ne peut être déclenché que par les mains de l'exécutif ou du Parlement, qui n'ont parfois aucun intérêt à ce que la loi se risque à la déclaration d'inconstitutionnalité. De surcroît, ce contrôle ne peut être réalisé qu'avant la promulgation de la loi (sauf à quelques exceptions près<sup>116</sup>).

Le juge administratif et le juge judiciaire, sur le fondement du droit national, assurent une protection des droits fondamentaux. Le problème réside toutefois dans leur compétence puisqu'ils se sont tous deux jugés incompétents pour connaître de la constitutionnalité d'une loi<sup>117</sup>. À ce mouvement interne s'est développée au niveau européen une formidable préoccupation pour les droits fondamentaux ; en premier lieu par le droit européen des droits de l'Homme sous l'égide du Conseil de l'Europe et en second lieu par le droit de l'Union européenne. Gardons à l'esprit que le juge national est le juge de droit commun du droit européen des droits de l'homme et de l'Union européenne<sup>118</sup> depuis qu'ils se sont reconnus compétents pour assurer un contrôle de conventionnalité<sup>119</sup>.

---

<sup>115</sup> Art. 61 de la constitution du 4 octobre 1958.

<sup>116</sup> Le Conseil constitutionnel par sa jurisprudence dite « Nouvelle Calédonie » (Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985) décide qu'une loi déjà en vigueur peut être de nouveau déférée à sa censure, à l'occasion de l'examen de dispositions législatives modifiant, complétant ou affectant son domaine.

<sup>117</sup> V. not. CE, 6 novembre 1936, *Arrighi*, n° 43321 ; Cass. crim. 11 juin 1925, *Ratier*, ou Cass. Crim., 18 novembre 1985, *Guérinot et Gibourdel*, n° 84-90.152.

<sup>118</sup> V. par ex. Cons. Const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne* et CE, 14 mai 2010, *Rzjovic*, n° 312305.

<sup>119</sup> CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243 ; Cass., Chambre mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabres*.

Le champ matériel des droits fondamentaux au niveau européen et constitutionnel est similaire sans être parfaitement égal. Toutefois, comme le contrôle de constitutionnalité avant l'instauration de la QPC était limité, c'est le contrôle de conventionnalité qui était préféré. Ainsi, les justiciables invoquaient des moyens d'inconventionnalité de la loi pour obtenir satisfaction à leur demande. Les juges internes devaient alors délaissier la norme interne au profit de la norme internationale. Il y aurait, dès lors, une « forme de paradoxe normatif »<sup>120</sup> à ce que « le traité se trouve alors mieux protégé que la Constitution elle-même »<sup>121</sup>. Le vice-président du Conseil d'État, Jean-Marc Sauvé, considérait, qu'il était « difficile d'accepter que la supériorité des traités sur les lois soit mieux protégée que la primauté de la Constitution elle-même dans l'ordre interne »<sup>122</sup>. Pourtant, même dans ce schéma paradoxal, il n'y avait guère d'autre solution que de désavouer les droits fondamentaux garantis par le bloc de constitutionnalité puisqu'aucun juge n'était soit suffisamment efficace (juge constitutionnel) soit compétent (juge ordinaire) pour assurer un contrôle de constitutionnalité des lois. La protection des droits fondamentaux face aux atteintes issues de normes législatives promulguées n'était alors effectivement garantie qu'en effectuant un contrôle de conventionnalité réalisé par le juge ordinaire.

Le contrôle de conventionnalité était donc préféré. Cet état du droit fut le terreau des interrogations relatives à l'instauration d'un système « d'exception d'inconstitutionnalité » et plus largement d'un contrôle *a posteriori*. Pourtant, certains trouvaient que le contrôle *a posteriori* de constitutionnalité des lois devenait secondaire puisqu'il existait ce contrôle de conventionnalité. Par exemple, Guy Braibant assurait qu'« il s'agit, en pareille matière, d'un véritable contrôle de constitutionnalité »<sup>123</sup>.

De surcroît, plusieurs projets instaurant un tel système échouèrent comme celui initié par Robert Badinter en 1990<sup>124</sup> ou encore celui élaboré par le Comité Vedel en 1993<sup>125</sup>. Les débats furent vifs. Les partisans d'un contrôle *a posteriori* affirmaient que cela permettrait de combler les lacunes actuelles en ce sens que le contrôle *a priori* oblige le Conseil constitutionnel à opérer un contrôle « abstrait » en essayant d'imaginer l'application de la loi. Cela assurerait également le comble du déficit démocratique des systèmes représentatifs. La défense des principes constitutionnels, la défense des droits et libertés ne se délègue pas, elle ne doit pas être que l'affaire des représentants mais aussi des citoyens eux-mêmes. C'est surtout parce que les autorités qui peuvent saisir vont parfois constater l'inconstitutionnalité sans en demander l'examen que la nécessité d'un contrôle *a posteriori* à l'initiative du justiciable est apparu. Les contempteurs s'écriaient quant à eux que le contrôle *a priori* était le meilleur système de contrôle puisque rapide (1 mois ou 8 jours dans l'urgence<sup>126</sup>) et efficace. Il assure une totale sécurité des rapports juridiques car une fois contrôlée, la loi ne peut être remise en cause. Dès lors, c'est l'insécurité juridique permanente qui pèserait sur les lois

---

<sup>120</sup> STAHL J.-H., « La longue marche de l'exception d'inconstitutionnalité », in *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 998.

<sup>121</sup> FRYDMAN P., Concl. sur CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, RFD.A 1999, p. 813.

<sup>122</sup> SAUVE J.-M., Audition par le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Cinquième République, 2007.

<sup>123</sup> BRAIBANT G., « Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Conseil d'État », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, 2001, p. 191.

<sup>124</sup> Projet de loi constitutionnelle portant révision des articles 61, 62 et 63 de la Constitution et instituant un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception n°1203 déposé à l'Assemblée nationale le 30 mars 1990.

<sup>125</sup> Projet de loi constitutionnelle portant révision de la constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VII, VIII, IX et X (dispositions modifiant le titre VII) - 10 mars 1993.

<sup>126</sup> Art. 61 : « le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours ».

puisque, appliquée depuis plusieurs années, une loi pourrait être ensuite déclarée inconstitutionnelle<sup>127</sup>. De plus, cela remettrait en cause la sacralité de la loi et lui ferait perdre de la valeur. Ces derniers arguments ne suffirent à obstruer la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui inscrira à l'article 61-1 la question prioritaire de constitutionnalité<sup>128</sup>. C'est alors, que la préférence pour le contrôle de constitutionnalité des lois pour assurer la protection des droits et libertés fondamentaux sera affirmée.

## ***2- La préférence du contrôle de constitutionnalité pour la protection des droits et libertés fondamentaux par l'instauration de la QPC***

« J'ose affirmer que la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) est sans nul doute l'une des réformes les plus importantes de ces dernières décennies. Elle constitue, comme l'a fort justement fait remarquer Jean-Louis Debré, « la principale avancée des droits et des libertés dans notre pays depuis l'abolition de la peine de mort », déclarait Christiane Féral-Schuhl, alors bâtonnier de Paris, lors d'un colloque organisé à l'Assemblée nationale par l'Ordre des avocats de Paris à l'occasion du troisième anniversaire de l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité<sup>129</sup>. L'engouement pour la QPC et pour la protection des droits qu'elle assure est avéré.

Pourtant, un épisode jurisprudentiel a démontré la réticence de la Cour de Cassation à l'introduction de la QPC<sup>130</sup>. En effet, la Cour de cassation, a décidé, par un arrêt du 16 avril 2010<sup>131</sup>, de saisir la Cour de Justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle portant sur la compatibilité du caractère prioritaire de la QPC avec les exigences du droit de l'Union. Dans cette affaire, la Cour de justice s'est prononcée par un arrêt du 22 juin 2010, rendu en formation de grande chambre<sup>132</sup>, pour affirmer la compatibilité entre la QPC et le droit de l'Union. La réception de cette décision par la Cour de cassation<sup>133</sup> a donné lieu à de nombreuses critiques. Le Conseil constitutionnel, dans une décision du 17 décembre 2010, a quant à lui entendu rappeler implicitement la préférence du contrôle de constitutionnalité<sup>134</sup>. D'ailleurs, il précise que cette préférence, exprimée par la priorité, ne conduit pas à écarter ou à faire échouer l'application du droit communautaire.

Marc Guillaume explique que la QPC poursuit un triple objectif<sup>135</sup>. D'abord, « donner un droit nouveau au justiciable en lui permettant de faire valoir les droits qu'il tire de la Constitution », elle entend ensuite « purger l'ordre juridique des dispositions inconstitutionnelles » et enfin « assurer la prééminence de la Constitution dans l'ordre interne ».

---

<sup>127</sup> BONNET J., GAHDOUN P.-Y., ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 2016

<sup>128</sup> Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

<sup>129</sup> Les actes de ce colloque, organisé le 5 avril 2013 en marge de celui qui s'est tenu le même jour sur la QPC à l'initiative du président de l'Assemblée nationale, à l'hôtel de Lassay et dont les actes ont été publiés dans la Semaine juridique, Édition générale, du 15 juillet 2013, ont eux-mêmes été publiés dans les Annonces de la Seine, numéro 35 du jeudi 28 août 2014.

<sup>130</sup> V. not. MOLFESSIS N., « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs* 2011/2, n° 137, p. 83 à 99.

<sup>131</sup> Cass., QPC, 16 avril 2010, *Melki et Abdeli*, n° 10-40.002.

<sup>132</sup> CJUE, 22 juin 2010, *Aziz Melki et Selim*, n° C-188/10 et C-6189/10 (aff. Jointes).

<sup>133</sup> Cass., Ass. plén., 29 juin 2010, *Melki et Abdeli*, n° 10-40.001 et 10-40.002.

<sup>134</sup> Cons. const., 17 décembre 2010, n° 2010-79 QPC, *M. Kamel D.*

<sup>135</sup> GUILLAUME M., « La question prioritaire de constitutionnalité », *Justice et cassation, revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, 2010.

Rappelons, en ce qui concerne le justiciable, que la question prioritaire de constitutionnalité n'est pas une obligation. Elle laisse seulement, dans les mains du justiciable, la possibilité de confronter la disposition litigieuse au contrôle de conventionnalité ou au contrôle de constitutionnalité. Ainsi, « le requérant peut souhaiter ne pas soulever la question de constitutionnalité et, par exemple, se contenter d'un moyen de conventionnalité »<sup>136</sup>. Toutefois, cet outil juridique a permis aux justiciables d'interroger le Conseil constitutionnel de la constitutionnalité des lois après leur promulgation afin de purger l'ordre juridique, tout en mobilisant les normes constitutionnelles. L'aspect théorique permet de préférer le contrôle de constitutionnalité tout en laissant de manière pragmatique le choix aux justiciables.

La préférence interne pour la Constitution n'est pas nouvelle puisque les juridictions suprêmes internes avaient déjà pu rappeler la supériorité de la Constitution, qu'il s'agisse du Conseil d'État<sup>137</sup>, de la Cour de Cassation<sup>138</sup> voire même du Conseil constitutionnel<sup>139</sup>. Néanmoins, fallait-il encore leur donner les moyens d'en assurer la réalité pragmatique. Cette réalité pragmatique est donc assurée par la question prioritaire de constitutionnalité. Effectivement, si le champ matériel des droits ou libertés fondamentaux est similaire il n'est pas identique. Par exemple, l'étendue du contrôle de conventionnalité ne couvrirait pas exactement celui du contrôle de constitutionnalité car selon Jean-Marc Sauvé, « il existe des principes constitutionnels qui ne sont pas entièrement protégés par des traités »<sup>140</sup> comme notamment « le principe de laïcité, le droit de grève, la continuité des services publics ». Ainsi, le justiciable pourra se pencher vers l'un ou l'autre. Le contrôle de conventionnalité des lois s'est donc trouvé efficacement concurrencé par celui de constitutionnalité. Tout en sachant que le second s'est voulu favorisé au premier. Marc Guillaume rappelle que « comme l'a voulu le constituant, [le contrôle de constitutionnalité] doit primer sur le contrôle diffus et relatif de conventionnalité par les juges judiciaires et administratifs »<sup>141</sup>.

L'instauration de la QPC en droit positif permet donc la réaffirmation de la place de la Constitution au sommet de la hiérarchie des normes sans éteindre le contrôle de conventionnalité. Au-delà, c'est la compétence du Conseil constitutionnel qui se veut favorisée. D'ailleurs, le juge ordinaire est tenu de respecter la compétence du juge constitutionnel.

## **B- Imposer au juge ordinaire le respect de la compétence du juge constitutionnel**

L'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité ne s'est pas réalisée sans questionnements. L'un des principaux résidait dans la question de savoir si ce contrôle de constitutionnalité *a posteriori* devait relever du juge ordinaire ou du juge constitutionnel. Le choix fut celui d'instaurer un contrôle concentré plutôt qu'un contrôle diffus (qui aurait permis au juge ordinaire de censurer la loi inconstitutionnelle). La compétence du juge constitutionnel s'est donc trouvée favorisée en ce que les juges ordinaires n'ont pas la possibilité de juger la constitutionnalité

---

<sup>136</sup> *Ibid.*

<sup>137</sup> CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran*, n°200286, 200287.

<sup>138</sup> Cass., Ass. plén., du 2 juin 2000, *Mlle Fraisse*, 99-60.274.

<sup>139</sup> Cons. const., 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*.

<sup>140</sup> SAUVE J.-M., Audition préc.

<sup>141</sup> GUILLAUME M., « La question prioritaire de constitutionnalité », *Justice et cassation, revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, 2010.

de la loi (1) et qu'ils ont l'obligation de respecter l'autorité de la chose jugée du Conseil constitutionnel (2).

### **1- L'impossibilité de juger de la constitutionnalité de la loi**

« Si large qu'ait été [...] l'extension des pouvoirs du juge dans l'interprétation de la loi, elle ne saurait aller jamais jusqu'à priver de force un acte législatif [...] Les règles de droit dégagées par une forte jurisprudence ont tôt ou tard [...] même en dehors de leur domaine, une influence salutaire et comme une sorte d'irradiation. C'est le seul rôle, selon nous, qu'en l'état du droit puisse avoir votre jurisprudence, en dehors du domaine qui vous est propre, des actes administratifs. »<sup>142</sup>. Tels furent les mots dégagés des conclusions de Roger Latournerie sur les arrêts *Arrighi* et *Dame veuve Coudert*. Ces affirmations sont toujours valables aujourd'hui.

On sait que le Conseil d'État et la Cour de Cassation se sont refusés depuis longtemps à exercer un contrôle direct de constitutionnalité. Toutefois, c'est la question de l'exception d'inconstitutionnalité qui a pu se poser. Précisons qu'il existe une différence entre le mécanisme de la QPC et celui de l'exception d'inconstitutionnalité (voire même de la question préjudicielle)<sup>143</sup>. Les juges ordinaires se sont également refusés à exercer ce contrôle. Jean Marc Sauvé précisait que c'est la « conscience qu'a le juge de sa propre légitimité » qui justifie ce refus, conscience qui « n'a jamais cessé d'être au cœur de l'approche, par celui-ci, de l'examen de la constitutionnalité des lois »<sup>144</sup>. À cela s'ajoute « la volonté de respecter l'équilibre des institutions et des pouvoirs ». Toutefois, la question a pu se poser puisque certains auteurs<sup>145</sup> songeaient à cette possibilité. Bruno Genevois affirmait au contraire que « le Conseil d'État doit résister au courant doctrinal qui voudrait en faire un juge de l'exception d'inconstitutionnalité »<sup>146</sup>.

La participation des juges ordinaires au contrôle de constitutionnalité des lois en tant que juges du filtre interroge pourtant. En contrôlant les diverses conditions d'exercice de la QPC, les juges ordinaires participent évidemment à l'exercice de cette dernière. Ils ne peuvent en revanche pas censurer une loi de leur propre chef. En sont-ils pour autant des juges incomplets ? Autrement dit, le rôle de « filtre » que joue le juge ordinaire ferait-il de lui un juge de la conformité de la loi à la Constitution ? Le cas échéant, le Conseil constitutionnel ne serait-il que le juge de la non-conformité ?

Il est permis d'en douter puisque, comme l'a remarqué Jean Marc Sauvé, « lorsqu'une juridiction administrative – ou judiciaire – rejette la question de constitutionnalité, sa décision n'a pas pour objet de déclarer la loi conforme à la Constitution, mais simplement de constater que les conditions

---

<sup>142</sup> LATOURNERIE R., Concl. sur CE, sect., 6 novembre 1936, *Arrighi et Dame veuve Coudert*, D. 1938.3.1, recueil p. 966.

<sup>143</sup> V. not. L'introduction de BONNET J., et GADHOUN P.-H., *La question prioritaire de constitutionnalité*, PUF, 2014, pp. 3-28.

<sup>144</sup> V. « L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État », Journée d'étude organisée au Conseil d'État par le CRDC de l'Université de Paris I, 2011.

<sup>145</sup> V. par ex. les prises de position de NEGRIER E. (RDP 1990, p. 767), KISSANGOULA J. (Rev. adm. 1997, p. 518) et RICCI R. (*Petites affiches*, 7 oct. 1999 et 8 oct. 1999).

<sup>146</sup> GENEVOIS B., « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitutions », RFD A 2000, p. 724.

mises à la transmission de la question au Conseil constitutionnel ne sont pas remplies »<sup>147</sup>. Cette raison semble justifier la remise en cause de l'affirmation selon laquelle les juges ordinaires seraient des juges de la conformité. L'interprétation des notions de dispositions applicables au litige, ou du caractère nouveau ou sérieux de la question, à laquelle se livre le juge ordinaire, démontre que la transmission ne doit concerner que des dispositions qui posent un réel doute quant à la constitutionnalité et non celles qui sont présumées inconstitutionnelles. La question réglée, le constituant a opté pour l'octroi de la compétence au juge constitutionnel pour censurer la loi inconstitutionnelle (même s'il est vrai que les juges ordinaires participent à la procédure). Le contrôle de constitutionnalité des lois est donc de l'entière compétence du juge constitutionnel, et le juge ordinaire, en y participant dans le contrôle *a posteriori*, ne dément pas ces faits. La compétence du juge constitutionnel est également assurée puisque le juge ordinaire est obligé de respecter ce qui est jugé par le Conseil constitutionnel.

## **2- L'obligation de respecter l'autorité de la chose jugée**

L'article 62 de la Constitution fonde l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel en disposant que « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles »<sup>148</sup>. Il s'agit bien là d'une obligation constitutionnelle qui transcrit l'obligation pour les juridictions de respecter les décisions du Conseil. Toutefois, il n'existe pas de sanction du non-respect de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel par les autres juges. De surcroît, les juges ont fait une interprétation restrictive de l'autorité des décisions en l'assimilant à l'autorité de la chose jugée telle que définie dans le code civil<sup>149</sup>. Tant pour les juges judiciaires que pour les juges administratifs, la triple identité d'objet, de cause et de partie est exigée pour que la chose jugée s'impose. La chose jugée ne s'attache qu'aux seuls jugements contentieux ayant un caractère définitif.

Le Conseil a notamment précisé la portée de l'autorité de la chose jugée dans une décision du 16 janvier 1962 en jugeant que « l'autorité des décisions visées par cette disposition s'attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même »<sup>150</sup>. Par des décisions postérieures, le juge constitutionnel a explicitement mentionné l'autorité de la chose jugée pour définir l'autorité de ces décisions<sup>151</sup>. En ce qui concerne le Conseil d'État<sup>152</sup> et la Cour de cassation<sup>153</sup>, ils ne se conforment, comme l'explique Marc Guillaume qu'à « la chose jugée par le Conseil constitutionnel dans la limite de l'objet et de la cause juridique de la décision rendue par ce dernier. Ils ne s'estiment juridiquement pas liés par ses

---

<sup>147</sup> « L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État », Journée d'étude organisée au Conseil d'État par le CRDC de l'Université de Paris I, 2011 préc.

<sup>148</sup> Art. 62 de la Constitution du 4 octobre 1958.

<sup>149</sup> Art. 1355 du code civil : « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité. »

<sup>150</sup> Cons. Const., 16 janvier 1962, n° 62-18 L., *Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole*.

<sup>151</sup> Dans sa décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, le Conseil explique « que l'autorité de chose jugée attachée à la décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 1982 est limitée à la déclaration d'inconstitutionnalité visant certaines dispositions de la loi qui lui était alors soumise ; qu'elle ne peut être utilement invoquée à l'encontre d'une autre loi conçue, d'ailleurs, en termes différents » ; Cons. const., 8 juillet 1989, n° 89-258 DC, *Loi portant amnistie*.

<sup>152</sup> CE, Ass., 20 décembre 1985, *SA Établissements Outters*, n° 31927.

<sup>153</sup> Cass. Ass. plén., du 10 octobre 2001, *Breisacher*, n° 01-84.922.

décisions et, en tout état de cause, pas liés par sa jurisprudence »<sup>154</sup>. L'interprétation donnée par le Conseil ne lie, semble-t-il, le juge ordinaire que lorsque c'est le même texte qui est appliqué. Cependant, précisons que la juridiction suprême de l'ordre administratif<sup>155</sup> et de l'ordre judiciaire<sup>156</sup> ont reconnu, en principe, l'autorité des réserves d'interprétation. Ce principe reste toutefois ambivalent<sup>157</sup>.

L'introduction de la QPC a permis de réaffirmer l'autorité des décisions du Conseil. L'article 23-2 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958<sup>158</sup> modifiée prévoit les trois conditions de transmission de la QPC par le juge *a quo* au Conseil d'État ou à la Cour de cassation. La deuxième condition est que la disposition contestée « n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel sauf changement de circonstances ». Le législateur organique a donc souhaité que ne puisse être posée une QPC alors que le juge constitutionnel a déjà jugé la disposition législative conforme à la Constitution. Dans sa décision du 3 décembre 2009<sup>159</sup> le Conseil constitutionnel rappelle d'ailleurs l'autorité de ses décisions. Il précise alors ce qu'il faut entendre par « question nouvelle ». Cette dernière, a pour but d'interdire que les juges ordinaires tranchent eux même des questions non résolues par le juge constitutionnel en estimant que la difficulté n'est pas assez sérieuse.

De surcroît, l'autorité des décisions du Conseil a connu un nouveau renforcement, issu de sa propre jurisprudence. D'une part, le Conseil a donné une autorité à ces décisions « néo-calédoniennes ». La jurisprudence dite *Nouvelle Calédonie* prévoit que, dans le cadre du contrôle *a priori*, « la conformité à la Constitution d'une loi déjà promulguée peut-être appréciée à l'occasion de l'examen des dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine »<sup>160</sup>. Cela soulevait une interrogation. Si le Conseil constitutionnel déclare une loi promulguée contraire à la Constitution, la loi nouvelle qui la modifiait, la complétait ou affectait son domaine sera elle-même déclarée inconstitutionnelle. Elle ne sera donc pas promulguée. Mais quelle sera la situation de la loi ancienne déclarée non conforme ? En réalité, cette loi était promulguée et le Conseil ne pouvait agir et la loi prospérait dans l'ordre juridique. Le Conseil a cependant concrétisé l'effectivité du contrôle *a priori* des lois promulguées<sup>161</sup>. La question du respect de l'autorité s'attachant à ce type de décision ne fait donc plus aucun doute. D'autre part, c'est la consécration de l'autorité des inconstitutionnalités par analogie d'objet qui a permis d'étendre l'autorité des décisions du Conseil. Depuis une décision du 19 décembre 2013<sup>162</sup> le Conseil constitutionnel avait estimé que « si l'autorité attachée à une décision du Conseil constitutionnel déclarant inconstitutionnelles des

---

<sup>154</sup> GUILLAUME M. « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, N° 30, janvier 2011.

<sup>155</sup> CE, Ass., 11 mars 1994, *SA la Cinq*, n°115052.

<sup>156</sup> Cass. Civ. 1, du 22 mars 2005, 04-50.024.

<sup>157</sup> GUILLAUME M., *op.cit.*

<sup>158</sup> Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. L'article 23-2 dispose que « La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies : 1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ; 2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ; 3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux (...) ».

<sup>159</sup> Cons. const., 3 décembre 2009, n°2009-595 DC, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*.

<sup>160</sup> Cons. const., 25 janvier 1985, n° 85-187 DC, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*.

<sup>161</sup> V. par ex. Cons. const. 18 octobre 2013, n° 2013-349 QPC, *M. Franck M. et autres*.

<sup>162</sup> Cons. const., du 19 décembre 2013 n° 2013-682 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*.

dispositions d'une loi ne peut en principe être utilement invoquée à l'encontre d'une autre loi conçue en termes distincts, il n'en va pas ainsi lorsque les dispositions de cette loi, bien que rédigées sous une forme différente, ont, en substance, un objet analogue à celui des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution ». L'autorité de chose jugée dépasse à présent le seul texte objet de la saisine du Conseil et s'étend à toutes dispositions, en vigueur ou nouvellement votées, dont l'objet, le contenu, est « analogue » à celui des dispositions préalablement censurées.

Le juge ordinaire se voit donc – en principe – obligé de respecter l'autorité (progressivement renforcée) des décisions rendues par le Conseil constitutionnel. La compétence du juge constitutionnel est donc assurée et même privilégiée. La QPC a largement permis d'assurer cette compétence. Qu'en est-il de celle du juge administratif ?

## §2 : GARANTIR LA PLEINE COMPÉTENCE DU JUGE ADMINISTRATIF

Les vices « super privilégiés » impliquent de ne traiter que de certaines illégalités qui visent à garantir la compétence du juge administratif. La garantie de la pleine compétence du juge administratif traduit en effet plusieurs niveaux de règles qui n'ont pas toutes la même valeur. L'étude que nous menons, nous oblige à ne traiter que de celles qui sont présumées illégales c'est-à-dire présumées graves. Il s'agit, ici, des moyens d'ordre public qui sont dégagés pour permettre au juge administratif d'exercer pleinement sa compétence. La compétence peut être définie comme l'ensemble des pouvoirs et devoirs attribués et imposés à une personne ou une entité pour lui permettre de remplir sa fonction. Deux sortes de moyens d'ordre public permettent de garantir la pleine compétence du juge administratif. Les premiers ne s'attachent pas à l'acte litigieux mais plus à la requête ou à la procédure juridictionnelle. Ils assurent alors les prérequis à l'exercice de la compétence du juge (**A**). Les seconds censurent les hypothèses dans lesquelles le juge n'a pas exercé correctement sa compétence pour juger l'acte litigieux. Ils censurent alors la méconnaissance de la compétence du juge (**B**).

### **A- Les prérequis à l'exercice de la compétence du juge**

Nombre de règles entourent la procédure administrative contentieuse qu'elles soient législatives, réglementaires ou jurisprudentielles. La diversité de ces dernières rend difficile leur regroupement en catégorie. Toutefois, l'on peut remarquer que certaines règles se sont vues accorder un régime particulier grâce à leur qualification de moyens d'ordre public ou lorsqu'elles sont relevées d'office par le juge afin d'assurer, entre autres, le correct exercice de la compétence du juge. L'illustration la plus flagrante est représentée par les moyens d'ordre public relatifs à la recevabilité de la requête (**1**) mais également ceux relatifs à la procédure juridictionnelle et à l'office du juge (**2**). Si l'étude est circonscrite à l'observation des illégalités entachant l'acte, il nous semble nécessaire pour appuyer le propos de s'intéresser, ici, aux illégalités qui entachent la requête.



### 1- La mise en place de moyens d'ordre public relatifs à la recevabilité de la requête

À n'en voir que les dispositions du code de justice administrative (CJA), il est aisé de constater la diversité des dispositions encadrant la recevabilité de la requête. Toutefois, certaines règles se voient attribuer un régime particulier soit parce que les vices peuvent être soulevés d'office soit parce qu'ils doivent l'être. Ainsi, est exprimée la différence entre les moyens relevés d'office et les moyens d'ordre public. D'ailleurs, l'article R. 611-7 du CJA n'emploie pas les termes de « moyen d'ordre public » mais préfère la notion de « moyen relevé d'office ». Le texte pose une règle selon laquelle le juge peut relever, de sa propre initiative, un moyen qu'il soit, ou non, fondé. Toutefois, si cela reste une possibilité pour le moyen soulevant un vice relevé d'office, il existe bien une obligation lorsque le moyen sera qualifié d'ordre public. D'ailleurs, une décision juridictionnelle omettant de soulever d'office un moyen d'ordre public ressortissant des pièces du dossier n'est pas entachée d'irrégularité (à l'inverse du moyen relevé d'office<sup>163</sup>) mais d'erreur de droit<sup>164</sup>. Si les moyens d'ordre public transcrivent plus expressément la gravité du vice, présumant dès lors son illégalité, les moyens relevés d'office peuvent seulement illustrer cette affirmation. Néanmoins, ces moyens, sans être d'ordre public, témoignent aussi de la gravité du vice puisqu'ils assurent un traitement singulier. Nous nous intéresserons plus particulièrement aux moyens d'ordre public.

Le régime de la recevabilité des demandes contentieuses est, en principe, d'ordre public. Cette qualification révèle l'importance de l'illégalité soulevée par le moyen. Elle est justifiée par la volonté d'assurer un prérequis à la compétence du juge. En d'autres termes, ces moyens sont qualifiés d'ordre public pour que le juge puisse correctement exercer sa compétence. De plus, ils bénéficient d'un régime juridique particulier qui transcrit la gravité du vice considéré.

A, par exemple, été considéré comme moyen d'ordre public les questions touchant au délai de recours, notamment la tardiveté de la requête<sup>165</sup>, les questions relatives à la qualité pour agir<sup>166</sup> ou encore relatives à l'intérêt à agir<sup>167</sup>, ou celles touchant au défaut d'exercice d'un recours administratif préalable<sup>168</sup>. Toutes ces questions devant être examinées d'office par le juge administratif, elles constituent des questions d'ordre public pouvant déboucher, le cas échéant, sur un moyen d'ordre public. Par exemple, et plus récemment, a été considérée comme tel la tardiveté d'une requête pour dépassement d'un délai raisonnable<sup>169</sup>. Néanmoins, le juge est parfois conduit à ne pas retenir la qualification de moyens d'ordre public. Par exemple, un moyen tiré d'un manquement à une obligation de recours préalable institué par voie contractuelle n'est pas un moyen d'ordre public<sup>170</sup>. De même, un moyen tiré de l'irrecevabilité d'une requête formée par une personne non régulièrement habilitée à agir au nom d'un incapable bénéficiant d'une « incapacité de protection » comme un mineur dont la méconnaissance se traduit selon le droit civil par une nullité relative n'est pas qualifié d'ordre public ; seul l'incapable ou son tuteur peut invoquer cette irrecevabilité<sup>171</sup>.

---

<sup>163</sup> CE, 7 janvier 2000, *Epoux Philippe*, n° 186108.

<sup>164</sup> V. par ex : CE, 15 avril 2011, *Neveu*, n° 320073.

<sup>165</sup> CE, 23 janvier 1968, *Szydlo*, Lebon p. 1068.

<sup>166</sup> CE, 29 novembre 1991, *Synd. des commerçants non sédentaires de la Savoie*, n° 129441.

<sup>167</sup> CE, 15 octobre 1969, *Forasetto*, n° 66940 66941 66942 66943 66944.

<sup>168</sup> CE, 11 avril 1962, *Lemonnier*, Lebon p. 263.

<sup>169</sup> CE, 28 mars 2018, *Sté imprimerie Georges frères*, n° 410552.

<sup>170</sup> CE, Sect., 15 octobre 1976, *Sté Nord-Travaux* n° 95163.

<sup>171</sup> CE, Sect., 29 octobre 1971, *Sieur X*, n° 75012.

La qualification de moyens d'ordre public en matière de recevabilité permet au juge de directement déceler l'illégalité de la requête. Elle témoigne aussi une phase préalable à l'exercice de son contrôle relatif à l'examen de l'acte litigieux. Elle permet donc d'assurer sa compétence pour contrôler l'acte en s'assurant, d'office, de la recevabilité de la requête. Cette affirmation se vérifie dans la mise en place des moyens d'ordre public relatifs à la procédure juridictionnelle et à l'office du juge.

## ***2- La mise en place de moyens d'ordre public relatifs à la procédure juridictionnelle***

La qualification de moyens d'ordre public relatifs à la procédure juridictionnelle et à l'office du juge assure aussi un prérequis à la compétence du juge pour contrôler la légalité de l'acte. Au cours de la procédure juridictionnelle apparaissent plusieurs questions dont l'importance a conduit le Conseil d'État à leur reconnaître un caractère d'ordre public.

En ce qui concerne la procédure juridictionnelle, les moyens tirés d'une composition irrégulière de la juridiction sont d'ordre public<sup>172</sup>. A également été qualifiée ainsi l'irrégularité qui entache, au regard des principes d'équité et d'impartialité, la composition de la juridiction ayant rendu la décision attaquée<sup>173</sup>. Plus largement, un moyen relatif à l'irrégularité de la composition d'une formation de jugement peut, quel qu'en soit le fondement, être invoqué à toute étape de la procédure, y compris devant le juge de cassation. La circonstance que l'intéressé se soit abstenu de demander la récusation d'un membre de la formation de jugement de la décision attaquée est sans incidence sur la recevabilité du moyen<sup>174</sup>. De plus, l'irrecevabilité du recours en interprétation présenté en première instance est d'ordre public, y compris en cassation<sup>175</sup>. On peut également citer l'exemple selon lequel le juge administratif est parfois lié à un autre juge et à ce que ce dernier a jugé.

Ainsi, s'impose aux juridictions administratives l'autorité de chose jugée appartenant aux décisions des juges répressifs devenues définitives en ce qui concerne la constatation matérielle des faits mentionnés dans le jugement qui sont le support nécessaire du dispositif. Le moyen tiré de la méconnaissance de cette autorité, qui présente un caractère absolu, est d'ordre public et peut être invoqué pour la première fois devant le Conseil d'État. Il en va ainsi même si le jugement pénal est intervenu postérieurement à la décision de la juridiction administrative frappée de pourvoi devant le Conseil d'État<sup>176</sup>.

En ce qui concerne l'office du juge, plusieurs moyens furent également qualifiés d'ordre public. Par exemple, lorsque le tribunal administratif a fait droit à une demande en se fondant sur un moyen inopérant, notamment en faisant application d'une règle de droit inapplicable, et que, pour contester le jugement de ce tribunal, l'appelant n'a pas invoqué le caractère inopérant du moyen retenu par les premiers juges, il appartient au juge d'appel de relever d'office cette inopérance pour censurer le motif retenu par le tribunal. Le juge d'appel doit relever d'office l'inopérance du moyen, tiré de l'insuffisante motivation de la notification de redressement, retenu à tort par le tribunal administratif pour fonder la décharge des impositions mises à la charge des associés<sup>177</sup>. Dans le

---

<sup>172</sup> CE, 19 mai 1961, *Gianotti*, Rec. p. 346 ; CE, Ass., 6 décembre 2002, *Maciolak* n° 239540.

<sup>173</sup> CE, 30 juillet 2003, *Chatin-Tsai*, n° 248954.

<sup>174</sup> CE, Sect., 12 octobre 2009, *Petit*, n° 311641.

<sup>175</sup> CE, 13 mars 2013, *Dpt Tarn-et-Garonne c/ Épx Berges* n° 339943.

<sup>176</sup> CE, Sect., 16 février 2018, *Thomas*, n° 395371.

<sup>177</sup> CE, 3 août 2011, *Craeye*, n° 326754.

même esprit, une application erronée de la théorie des opérations complexes est un moyen d'ordre public<sup>178</sup>. La mise en place du caractère d'ordre public sur ces moyens qui soulèvent des vices de la procédure juridictionnelle vise dès lors à assurer la correcte compétence du juge.

Néanmoins, le juge administratif n'a pas retenu la qualification de moyens d'ordre public pour, par exemple, le moyen tiré du défaut d'impartialité d'un expert désigné par la juridiction. Un requérant ne peut donc s'en prévaloir pour la première fois en cassation lorsque le défaut d'impartialité pouvait être relevé devant les juges du fond<sup>179</sup>. De même, le moyen tiré de ce qu'une décision juridictionnelle est irrégulière pour ne pas avoir respecté des dispositions imposant qu'elle comporte la mention de ce qu'elle a été précédée d'une audience publique ne constitue pas un moyen d'ordre public qu'il appartiendrait à une juridiction, saisie de cette décision, de soulever d'office<sup>180</sup>. On remarque donc que certains vices qui entachent soit la requête soit la procédure juridictionnelle permettent l'assurance d'un exercice effectif de la compétence du juge administratif pour contrôler l'acte litigieux. En les élevant à la qualification de moyens d'ordre public, le juge administratif laisse à penser que ces vices sont d'une importance particulière et doivent être obligatoirement examinés (voire, selon les espèces, sanctionnés). Ils représentent de véritables illégalités qui obstruent inévitablement le plein exercice de la compétence du juge. Le même mécanisme s'observe dans la censure de l'incompétence. Autrement dit, des moyens d'ordre public ont été dégagés pour sanctionner des erreurs relatives à l'office du juge ou pour lui interdire de méconnaître sa propre compétence.

## **B- La censure de l'incompétence**

Évidemment, le juge administratif doit lui-même être compétent pour pouvoir trancher les litiges et dire le droit. L'incompétence de la juridiction administrative doit être relevée d'office par le juge<sup>181</sup>. Toutefois, précisons que si l'incompétence territoriale était d'ordre public<sup>182</sup> et pouvait être contestée pour la première fois en appel et en cassation<sup>183</sup>, tel n'est plus le cas aujourd'hui. L'article R. 351-9 du CJA<sup>184</sup> interdit au juge d'appel de soulever cette question. Seul le juge de première instance peut et doit soulever.

Le juge doit ensuite exercer sa compétence de juge de la légalité par le contrôle de l'acte litigieux. Sans avoir besoin de relater toutes les illégalités qui peuvent vicier sa décision, nous relèverons seulement deux éléments. L'un est assez général et illustre les moyens d'ordre public relatifs à la censure de la méconnaissance de l'office du juge, c'est-à-dire de l'ensemble de ses pouvoirs et devoirs (1). De manière plus singulière, mais surtout parce qu'il représente un des moyens d'ordre public les plus caractéristiques de l'excès de pouvoir, nous privilégierons l'analyse de la

---

<sup>178</sup> CE, 24 mars 1999, *Ministre délégué au budget c/ Cne Grézillac*, n° 180805.

<sup>179</sup> CE, 30 décembre 2013, *Sté EDP Renewables France*, n° 352693.

<sup>180</sup> CE, 25 janvier 2012, *Assoc. réadaptation et promotion enfants et jeunes [ARPEJ]*, n° 336959.

<sup>181</sup> TC, 23 novembre 1959, *Colombani*, p. 870.

<sup>182</sup> CE, 29 janvier 1958, *Vincent*.

<sup>183</sup> CE, 31 mai 1963, *Kraemer*, Lebon p. 337.

<sup>184</sup> Art. R. 351-9 du Code de justice administrative : « Lorsqu'une juridiction à laquelle une affaire a été transmise en application du premier alinéa de l'article R. 351-3 n'a pas eu recours aux dispositions du deuxième alinéa de l'article R. 351-6 ou lorsqu'elle a été déclarée compétente par le président de la section du contentieux du Conseil d'État, sa compétence ne peut plus être remise en cause ni par elle-même, ni par les parties, ni d'office par le juge d'appel ou de cassation, sauf à soulever l'incompétence de la juridiction administrative ».

méconnaissance du champ d'application de la loi. Ce moyen d'ordre public interdit au juge d'appliquer un texte inapplicable (2).

### **1- La censure de la méconnaissance de l'office du juge**

La censure sera assurée par l'annulation du jugement ou de l'arrêt. Il faut d'abord préciser, qu'encourt la censure le jugement ou l'arrêt qui ne respecte pas l'autorité de la chose jugée. Autrement dit, le juge administratif doit respecter les décisions des autres juges administratifs lorsque ceux-ci se sont déjà exprimés sur un litige. Qu'elle soit absolue ou relative, l'autorité de la chose jugée doit toujours être respectée par les autres juridictions administratives, autant que par la juridiction qui a rendu la décision<sup>185</sup>. Cependant, seule l'autorité absolue de la chose jugée est d'ordre public<sup>186</sup>. Le Conseil d'État n'a pas reconnu le caractère d'ordre public à l'autorité relative de la chose jugée<sup>187</sup>.

De plus, on peut donner quelques illustrations pour démontrer le caractère d'ordre public de certaines illégalités commises lorsque le juge méconnaît son office. Par exemple, l'erreur commise par le tribunal sur l'étendue de ses pouvoirs doit être relevée d'office par le jugement de cassation. Il en va ainsi lorsque le tribunal estime à tort qu'il est saisi d'un recours de plein contentieux alors que le requérant a formé devant lui un recours pour excès de pouvoir<sup>188</sup>. En outre, une application erronée de la théorie des opérations complexes est un moyen d'ordre public<sup>189</sup>. En annulant seulement l'élection de trois personnes, le tribunal administratif a méconnu son office. Le juge d'appel procède d'office alors à l'annulation de l'ensemble des opérations électorales du second tour<sup>190</sup>. Toutefois, n'a pas été considéré comme tel l'exigence de motivation des décisions de justice<sup>191</sup>. Le moyen tiré de l'*ultra petita* n'est pas un moyen d'ordre public que le juge relève d'office<sup>192</sup>. Effectivement, si le juge d'appel ou de cassation relevait d'office une omission de statuer sur des conclusions et devait dès lors y statuer, il se rendrait lui-même coupable d'*ultra petita*. Cet aperçu des règles d'ordre public montre évidemment que certaines illégalités bénéficient d'un régime particulier lié à leur particulière gravité. Cela se retrouve aussi dans la censure du champ d'application de la loi.

### **2- La censure de l'application d'un texte inapplicable**

La notion de « champ d'application de la loi » est assez complexe à définir. On peut en dire que le juge administratif doit relever d'office l'inapplicabilité d'un texte afin d'éviter de faire lui-même application de ce texte inapplicable. Comme le juge se doit d'appliquer la loi, il ne peut fonder ses propres décisions sur des normes inapplicables. Marie-Dominique Hagelsteen rappelle que comme il tient à la mission même du juge d'appliquer la loi, il lui est « interdit de fonder ses décisions sur des normes qui ne sont pas applicables »<sup>193</sup>.

<sup>185</sup> CE, 14 décembre 1979, *Mme Pointe*, n° 10755.

<sup>186</sup> CE, 6 juin 1958, *Chambre de commerce d'Orléans et autres*, n° 39829.

<sup>187</sup> CE, Sect., 2 mai 1947, *Vandrey*, n° 62213.

<sup>188</sup> CE, 27 avril 2007, *Lipinski*, n° 274992 et CE, Ass., 16 févr. 2009, *Sté ATOM* n° 274000.

<sup>189</sup> CE, 24 mars 1999, *Ministre délégué au budget c/ Cne Grézillac*, n° 180805.

<sup>190</sup> CE, 10 juin 2015, *Élections. Municipales de Michelbach-le-Bas*, n° 383585.

<sup>191</sup> CE, 1er juillet 1959, *Ministre des affaires économiques c/ Beaudouin*.

<sup>192</sup> CE, Sect., 13 octobre 1961, *Ville Marseille*, Lebon p. 567.

<sup>193</sup> HAGELSTEEN M.-D., Concl. sur CE, Sect., 11 janvier 1991, *SA Morgane*, n° 90995.

Il faut toutefois qu'il y ait une réelle inapplicabilité de la norme juridique et que le juge ne puisse pas statuer sur les moyens qui ont été invoqués sans méconnaître lui-même le champ d'application de la loi. Depuis l'arrêt *SA Morgane* du 11 janvier 1991<sup>194</sup>, le juge administratif se réfère désormais à l'inapplicabilité et non aux questions de légalité. Autrement dit, le juge n'apprécie plus le moyen tiré du champ d'application de manière large en considérant que l'inapplicabilité résulte seulement d'une illégalité mais recherche si la norme est applicable en l'espèce ou non. Effectivement, le Conseil d'État avait refusé de retenir la violation du champ d'application de la loi en relevant d'office l'illégalité résultant d'une contrariété avec une directive communautaire<sup>195</sup>, ou encore avec la Convention européenne des droits de l'homme<sup>196</sup>.

Si l'interprétation de l'inapplicabilité est plus restrictive, la notion de « loi » est quant à elle à apprécier plus largement. Elle intègre aussi les règlements. Toutefois, le juge administratif a semblé-t-il refusé d'y intégrer les traités internationaux<sup>197</sup>. L'inapplicabilité peut être de plusieurs types. Ainsi, la violation du champ d'application de la loi peut être matérielle, temporelle ou spatiale. Cette dernière hypothèse est plus rare. On peut citer cependant l'inapplicabilité à l'Algérie d'ordonnances n'ayant pas fait l'objet des modalités nécessaires pour permettre leur application en Algérie<sup>198</sup>. La violation du champ d'application de la loi « temporelle » peut être retenue par exemple lorsque le moyen est tiré de dispositions qui ont cessé d'être en vigueur<sup>199</sup>. Il peut également soulever ce moyen d'ordre public pour éviter de faire application d'une disposition réglementaire entachée de rétroactivité illégale<sup>200</sup>. En ce qui concerne la violation du champ d'application de la loi « matérielle », on peut citer l'exemple selon lequel la qualification fut retenue pour le moyen tiré de ce que des documents ont fait l'objet d'une diffusion publique et ne relèvent donc plus du champ d'application de l'obligation de communiquer résultant de l'article 2 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978<sup>201</sup>. Ainsi, le juge doit soulever d'office cette illégalité qui le mènerait à méconnaître sa propre compétence.

Les moyens d'ordre publics permettent ainsi de protéger la compétence du juge. Au vu de l'importance de cet objectif, les illégalités qu'il soulève doivent bénéficier d'une valeur symbolique marquée par le caractère d'ordre public. Cette valeur de gravité élevée s'observe aussi concernant l'incompétence de l'auteur de l'acte.

---

<sup>194</sup> CE, Sect., 11 janvier 1991, *SA Morgane*, n° 90995.

<sup>195</sup> *Ibid.*

<sup>196</sup> CE, 16 janvier 1995, *SARL Constructions industrielles pour l'agriculture*, n° 112746.

<sup>197</sup> CE, Sect., 11 janv. 1991 préc.

<sup>198</sup> CE, 9 juin 1958, *Sté Costa frères et Fédération Syndicale des négociants en vin département de Constantine*.

<sup>199</sup> CE, Sect., 15 juillet 1964, *Sté papeteries Metenett et Sté papeteries Souche* et CE, 12 févr. 1992, *Ville Carcassonne c/ préfet de Aude*, n° 89630.

<sup>200</sup> CE, Sect., 8 novembre 1968, *Ministre de l'économie et des finances c/ Menez*, n° 72371 ; CE, sect., 5 février 1971, *Mégard*, n° 76236 ; CE, 11 juin 1971, *Assistance publique Paris c/ Duvoisin*, n° 75239.

<sup>201</sup> CE, 11 juillet 2016, *Premier min. c/ Assoc. Ethique et Liberté*, n° 392586.

## SECTION 2 : SANCTIONNER L'INCOMPÉTENCE DE L'AUTEUR DE L'ACTE

Le moyen d'annulation d'incompétence est sans nul doute le plus ancien de l'excès de pouvoir<sup>202</sup>. D'ailleurs, toute illégalité peut logiquement être ramenée à une forme d'incompétence *lato sensu*, ce qui traduit à la fois l'étendue que peut avoir son champ d'application mais également l'importance qu'elle dégage. Il est alors aisé de comprendre sa dénomination de « mère de tous les vices ». L'incompétence peut être plus précisément désignée comme « l'aptitude (nécessairement prévue par une norme de niveau supérieure, que cette habilitation soit expresse ou repose sur la théorie des « pouvoirs implicites ») d'une autorité administrative (notion entendue au sens fonctionnel et non organique et pouvant ainsi englober certaines personnes privées chargées d'une mission de service public) à édicter des normes sur une matière, un territoire et une période données »<sup>203</sup>. On distingue dès lors logiquement, et tout aussi classiquement, trois formes d'incompétence : l'incompétence matérielle ou *ratione materiae* ; l'incompétence territoriale ou *ratione loci* ; l'incompétence temporelle ou *ratione temporis*.

Cette définition est à rapprocher de celle d'André Legrand qui précise que « la compétence des autorités administratives est l'aptitude légale des agents régulièrement investis à passer certains actes juridiques au nom de la personne publique intéressée. Il y a donc incompétence lorsqu'une décision administrative émane d'un agent qui n'était pas légalement qualifié pour la prendre »<sup>204</sup>. Il faut toutefois y ajouter, même si l'hypothèse est plus rare, l'incompétence négative qui représente le « cas où une autorité, au lieu de franchir les limites de sa compétence, reste en deçà, et refuse de faire un acte de son ressort en déclarant qu'elle n'a pas qualité pour l'accomplir »<sup>205</sup>. De l'étendue de toutes les hypothèses qui ressortent de cette définition correspond une censure tout aussi étendue. Nous pouvons donc la qualifier d'effective (§ 1). Néanmoins, le juge a parfois eu tendance à graduer la gravité de l'illégalité considérée en différenciant la sanction de l'acte entaché d'incompétence (§ 2). Il faudra donc s'attarder sur cette hypothèse.

### §1 : UNE CENSURE EFFECTIVE DE L'INCOMPÉTENCE

Les définitions données de l'incompétence enseignent la largeur que peut retenir le contenu de la notion. Pourtant, la censure couvre tout ce contenu et lui permet de pouvoir être qualifiée d'effective. Cette dernière s'intéresse à la fois aux modes d'incompétence, c'est-à-dire aux hypothèses dans lesquelles l'exercice de l'incompétence peut représenter une illégalité (**A**) mais également aux formes de l'incompétence, c'est-à-dire le champ (spatial, temporel ou matériel) dans lequel elle s'inscrit (**B**).

---

<sup>202</sup> En témoigne l'article 3 de la loi des 7 et 14 octobre 1790 qui affirme que « les déclarations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont en aucun cas le ressort des tribunaux ; elles seront portées au roi, chef de l'administration générale ».

<sup>203</sup> MELLERAY F., « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation » in *Répertoire du contentieux administratif* / Janvier 2007.

<sup>204</sup> LEGRAND A., « Incompétence », in *Répertoire du contentieux administratif* / Février 2001.

<sup>205</sup> LAFERRIERE E., *op.cit.*, p. 491.

## A- La censure de tous les modes d'incompétence

L'exercice incorrect de la compétence peut résulter de plusieurs hypothèses qui s'exposent toutes à la censure par le juge. Tout d'abord, elle peut correspondre au fait que l'exercice de pouvoir ne relève d'aucune autorité administrative française, il s'agit alors d'une atteinte à la séparation des pouvoirs (1). Elle peut ensuite désigner l'exercice d'un pouvoir par une autorité administrative alors même que ce pouvoir relevait d'une autre autorité administrative (2). Il y a alors une atteinte à la répartition des compétences entre autorités administratives. Enfin, il faut s'interroger pour savoir si le juge administratif censure – au titre de l'incompétence – l'incompétence négative dans la mesure où sa jurisprudence a varié (3).

### 1- La censure de l'atteinte à la séparation des pouvoirs

Il est permis pour parler de l'atteinte à la séparation des pouvoirs, d'usurpation de pouvoir. Cette hypothèse renvoie à la compétence puisqu'elle désigne le fait qu'une personne ou une autorité exerce un pouvoir qui ne relève pas de sa compétence. Toutefois, cet exercice d'un pouvoir en dehors de sa compétence empiète sur celle d'une autorité légalement investie.

Il peut s'agir, si l'on entend largement la notion de séparation des pouvoirs, de l'hypothèse dans laquelle une personne privée exerce des fonctions administratives à la place d'une autorité administrative. C'est, par exemple, la censure de la substitution du ministre par le jury du concours d'agrégation de lettres qui avait bouleversé le règlement du concours établi par le ministre<sup>206</sup>.

Plus strictement et plus fréquemment, il s'agit de l'hypothèse dans laquelle une autorité administrative exerce un pouvoir qui relève d'une autorité autre qu'administrative (par exemple l'autorité judiciaire, le pouvoir législatif voire d'une autorité étrangère). C'est le cas lorsqu'une autorité administrative empiète sur la compétence de l'autorité judiciaire. Par exemple, la décision par laquelle un préfet se faisait juge d'une question de propriété<sup>207</sup>. Il peut également s'agir d'un empiètement sur la compétence de la juridiction administrative lorsqu'une autorité administrative procède à la liquidation d'une astreinte provisoire prononcée par un tribunal administratif<sup>208</sup>. De même, le préfet, constatant l'inexistence des opérations électorales, est intervenu dans une matière réservée par la loi à la juridiction administrative<sup>209</sup>.

Il se peut également qu'une autorité administrative empiète sur le domaine du législateur. Si le pouvoir réglementaire peut agir pour réglementer, par exemple, la procédure administrative contentieuse il peut, en cette matière, être amené à toucher à la compétence du législateur. C'est par exemple le cas d'une disposition réglementaire concernant la procédure administrative contentieuse qui mettrait en cause les principes fondamentaux des obligations civiles ou commerciales<sup>210</sup>, les règles relatives à l'assiette, au taux ou aux modalités des impositions de toute

---

<sup>206</sup> CE, 28 novembre 1973, *Bertrand*, n° 86893.

<sup>207</sup> CE, 19 mai 1911, *delle Le Coz*, n° 32384.

<sup>208</sup> CE, 24 juillet 1987, *Brolin*, n° 44897.

<sup>209</sup> CE, Ass., 31 mai 1957, *Rosan Girard*, n° 26188, 26325.

<sup>210</sup> Cons. const., 24 octobre 1980, n° 80-116 L, *Nature juridique de diverses dispositions du Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale*.

nature<sup>211</sup> ou une garantie fondamentale accordée aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques<sup>212</sup>.

L'exercice de pouvoirs en dehors de la compétence empiétant sur d'autres pouvoirs est donc prohibé mais surtout censuré par le juge administratif sur le terrain de l'incompétence. Il en va de même lorsqu'une autorité administrative empiète sur la compétence d'une autre autorité administrative.

## ***2- La censure de l'atteinte à la répartition des compétences entre autorités administratives***

Ici, l'incompétence ne méconnaît pas la séparation des fonctions : elle ne porte atteinte qu'à la répartition des compétences entre autorités administratives. Cela renvoie à l'exercice de pouvoirs exercés par une autorité administrative sans lien de subordination. C'est par exemple le cas lorsque le Premier ministre prend des décisions relevant d'un arrêté interministériel<sup>213</sup>. Il n'en irait autrement que dans l'hypothèse où le Premier ministre, ou un autre ministre, serait chargé de l'intérim d'un ministre absent<sup>214</sup>. Nous pouvons aussi citer l'exemple selon lequel le conseil municipal est seul compétent pour gérer les biens de la commune. Le maire ne peut donc seul renoncer à une servitude de droit privé établie au bénéfice de la commune<sup>215</sup>.

Il peut également s'agir de l'hypothèse dans laquelle l'autorité supérieure empiète sur la compétence du pouvoir subordonné. Cela peut sembler, de prime abord, surprenant. En réalité, le principe hiérarchique permet à l'autorité supérieure de donner des instructions voire même de dicter le contenu d'une décision mais il n'implique pas la substitution de l'autorité supérieure à l'autorité subordonnée. Le cas échéant, le juge censurerait pour incompétence. Sera entachée d'incompétence la décision du ministre de la Santé imposant aux préfets de soumettre à son approbation des mesures relevant de leur compétence<sup>216</sup>. A l'inverse, une autorité subordonnée ne doit pas non plus empiéter sur la compétence de l'autorité supérieure. Toutefois, pour ce dernier point, le droit a entendu nuancer le principe. Ainsi, des dérogations sont instaurées par la délégation, c'est-à-dire l'acte unilatéral par lequel une autorité administrative donnée confie à une autre autorité ou à un agent le droit d'exercer certaines compétences ou de prendre certains actes en son lieu et place. Il se peut également qu'il y ait une suppléance c'est-à-dire qu'un agent administratif, en cas d'absence ou d'empêchement du titulaire d'une fonction, se trouve automatiquement investi de tous les pouvoirs afférents à cette fonction. Enfin, il se peut que l'autorité subordonnée n'entache pas sa décision d'incompétence en situation d'intérim, c'est-à-dire ce qui lui permet, par une attribution temporaire de compétence à un agent autre que celui normalement compétent, de compenser l'absence ou l'empêchement de ce dernier. L'exercice des pouvoirs réalisés par les autorités administratives ne doit donc pas empiéter sur d'autres autorités administratives. L'incompétence peut donc résulter d'un empiètement sur la compétence soit d'une

---

<sup>211</sup> Cons. const. 2 décembre 1980, n° 80-119 L, *Nature juridique de diverses dispositions figurant au Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale*.

<sup>212</sup> CE, 30 mars 1962, *Assoc. nationale de la meunerie*, n° 48017.

<sup>213</sup> CE, 19 mars 1969, *Caisnel*, n° 69056.

<sup>214</sup> CE, 29 janvier 1965, *Mollaret et Syndicat national des médecins des hôpitaux publics*, n°59853, 59856.

<sup>215</sup> CE, 16 décembre 2005, *Commune d'Arpajon*, n° 273861.

<sup>216</sup> CE, 1er octobre 1986, *Assemblée permanente des chambres d'agriculture*, n° 53047.



autre autorité (judiciaire, législative, étrangère, etc.) soit d'une autorité administrative. Est-elle cependant retenue lorsque l'autorité administrative n'exerce pas pleinement sa compétence ?

### 3- La censure de l'incompétence négative

L'incompétence négative, si elle est largement reconnue en contentieux constitutionnel, relève en droit administratif, tantôt de l'incompétence tantôt de l'erreur de droit.

En réalité, cette notion s'exprime par différentes hypothèses. Aurélie Bretonneau recense quatre hypothèses pour dessiner le contour de la notion<sup>217</sup>. La première correspond au cas où une autorité décline sa compétence et « refuse de faire un acte de son ressort en déclarant qu'elle n'a pas qualité pour l'accomplir »<sup>218</sup>. La deuxième désigne l'hypothèse où, tout en prenant effectivement la décision qu'elle est compétente pour adopter, une autorité administrative se croit liée par l'avis d'une autorité. Elle permet donc en quelque sorte à cette dernière de prendre la décision à sa place<sup>219</sup>. Le troisième cas peut être identifié par ce que l'on peut appeler une « subdélégation illégale » par laquelle l'autorité compétente se décharge expressément et sans respecter les formalités nécessaires sur une autorité inférieure de son pouvoir de décision. Sera entachée d'incompétence la décision du maire qui nomme à un emploi vacant à la mairie l'individu désigné par un vote du conseil municipal et se borne ainsi à exécuter une décision de ce dernier au lieu de nommer lui-même aux emplois communaux, comme le prévoit la loi<sup>220</sup>. Enfin, le quatrième cas, dessiné par Aurélie Bretonneau, désigne l'équivalent « au niveau réglementaire de l'incompétence négative que le Conseil constitutionnel a pris l'habitude de censurer [...] chaque fois que le législateur se montre trop laconique ou imprécis pour « épuiser sa compétence », laissant ainsi au pouvoir d'application des lois (le plus souvent, mais pas toujours, d'ordre réglementaire) l'opportunité d'investiguer un champ qui lui est normalement fermé par la Constitution<sup>221</sup>.

Ce sont notamment les hypothèses dans lesquelles l'Administration méconnaît, par une interprétation erronée, les limites de sa compétence et refuse de prendre un acte sous le prétexte qu'elle n'a pas compétence pour le faire qui furent débattus. La jurisprudence ancienne reconnaissait pourtant le refus illégal de faire acte de sa compétence en déclarant qu'elle n'a pas qualité pour l'accomplir comme relevant de l'incompétence<sup>222</sup>. Jean-Marie Auby précisait dans sa note sous l'arrêt *Quéralt* que « la décision émane bien de l'agent qui aurait dû statuer. Si elle est illégale, c'est qu'elle invoque comme motif de rejet l'absence de pouvoir de son auteur ; il y a donc en réalité illégalité quant au motif et non incompétence »<sup>223</sup>. La jurisprudence est marquée par l'inconstance. Elle a parfois reconnu que cette hypothèse était un vice d'incompétence relevé d'office par le juge<sup>224</sup>. D'autres fois, le juge administratif s'est pourtant placé sur le terrain de la légalité interne<sup>225</sup>.

---

<sup>217</sup> BRETONNEAU A., « L'incompétence négative, « faux ami » du juge administratif ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 46, janvier 2015, p. 21 À 28.

<sup>218</sup> LAFERRIERE E. *op. cit.*, p. 491.

<sup>219</sup> V. par ex : CE, sect., 20 juin 2003, *M. Stilianovic*, n° 248242. En l'espèce, le ministre de la Justice avait volontairement lié son pouvoir d'appréciation en matière de discipline des magistrats du parquet à celui du Conseil supérieur de la magistrature.

<sup>220</sup> CE, 25 mai 1952, *Bonnec*, n° 51873.

<sup>221</sup> BRETONNEAU A., *op. cit.*, p. 21 À 28.

<sup>222</sup> CE, 31 juillet 1903, *Picard*, Rec. p. 585.

<sup>223</sup> AUBY J.M., note sous CE, 30 juin 1950, *Sieur Quéralt*, S. 1951. 3. 85.

<sup>224</sup> CE, 30 juin 1950, *Sieur Quéralt*, n° 99882, p. 413.

<sup>225</sup> CE, Sect., 16 septembre 1983, *Mme Saurin*, ou encore arrêt *Stilianovic* n° 248242.

Dans les deux cas, la gravité de l'illégalité est forte. Toutefois, alors que dans l'une elle est présumée illégale et détient un régime juridique spécifique, dans l'autre, elle n'est considérée que comme grave.

Il en va de même lorsque le pouvoir réglementaire n'épuise pas complètement sa compétence. Certains arrêts retiennent et censurent l'incompétence négative. C'est par exemple le cas de l'arrêt d'Assemblée *Syndicat des médecins de l'Ain et autres*<sup>226</sup> qui déclare illégales des dispositions d'une ordonnance prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution « faute pour [ses] auteurs (...) d'avoir épuisé leur compétence » et de la décision *postérieure Société Électricité de France et autres*<sup>227</sup>, qui annule pour le même motif une délibération d'un conseil territorial. Pourtant, d'autres jurisprudences ne retiennent pas cette qualification. Ainsi, dans une décision *Fédération départementale des associations agréées de la pêche et de protection du milieu aquatique de l'Orne*<sup>228</sup> le juge écarte comme inopérant le moyen tiré de l'incompétence négative d'un décret qui n'avait pris qu'une partie des mesures d'application impliquées par la loi au motif « qu'aucune disposition ni aucun principe n'imposait au pouvoir réglementaire d'épuiser, par le décret attaqué, la compétence qu'il tenait des dispositions législatives ». Toutefois, les cas où l'incompétence négative est reconnue restent plutôt rares et peuvent se justifier eu égard à l'acte réglementaire en cause. Effectivement, les jurisprudences précitées où le juge administratif censure l'absence d'épuisement de compétence sont relatives à des actes réglementaires singuliers (une ordonnance de l'article 38 de la Constitution et une délibération d'une collectivité d'Outre-mer de l'article 74 de la Constitution). Ils ont en commun, tous deux, d'intervenir dans le domaine de la loi.

Il est dès lors difficile de ne pas considérer, même si les hypothèses sont rares, que le juge administratif ne censure pas le vice d'incompétence négative. Les hypothèses sont variables et casuistiques, c'est-à-dire qu'elles dépendent de l'espèce du litige. Tel n'est pas le cas de la censure, par le juge administratif, de toutes les formes d'incompétence.

## **B- La censure de toutes les formes d'incompétence**

La compétence s'exprime par différents modes qui peuvent tous faire l'objet d'une censure par le juge administratif. L'incompétence se matérialise donc par l'exercice illégal de l'autorité administrative. L'incompétence se révèle aussi différemment, à l'intérieur des modes d'exercice, par ce que la doctrine distingue classiquement comme l'incompétence dite « matérielle » (1), « territoriale » (2) et « temporelle » (3). Le juge administratif censure l'incompétence qui résulte de l'exercice de la compétence (quel qu'en soit le mode) qui se heurte soit à la matière, soit au temps, soit à l'espace.

### **1- L'incompétence matérielle**

Il ne s'agira que de donner quelques illustrations de censures d'incompétence matérielle réalisées par le juge administratif. L'incompétence *ratione materiae* est l'hypothèse la plus fréquemment observée en ce sens qu'il est parfois difficile pour une autorité administrative de déterminer les limites de son champ matériel d'attribution. Cette hypothèse embrasse largement les cas où une

---

<sup>226</sup> CE, Ass., 3 juillet 1998, *Syndicat des médecins de l'Ain et autres* n° 188004.

<sup>227</sup> CE, 16 octobre 2013, *Société Électricité de France et autres* n° 358701.

<sup>228</sup> CE, 27 octobre 2008, *Fédération départementale des associations agréées de la pêche et de protection du milieu aquatique de l'Orne*, n° 307546.

autorité administrative exerce son pouvoir là où une autre autorité administrative était compétente pour l'exercer. Le juge censure alors une atteinte à la répartition des compétences entre les autorités administratives. C'est par exemple le cas où un trésorier-payeur général s'est substitué au préfet en refusant l'exécution d'une délibération d'un conseil municipal et en se faisant juge de sa légalité<sup>229</sup>. Il s'agira aussi de l'hypothèse dans laquelle l'autorité administrative exerce une « usurpation de pouvoir », c'est-à-dire qu'elle exerce un pouvoir qui relève en réalité d'une autorité autre qu'administrative. Le juge censure alors l'atteinte à la séparation des pouvoirs en sanctionnant l'acte pour incompétence matérielle. Par exemple, une commission d'agrément des établissements privés de soins recevant des assurés sociaux est incompétente lorsqu'elle se prononce sur des abus d'honoraires, alors qu'en cette matière la compétence des juridictions ordinaires est exclusive<sup>230</sup>. Même l'incompétence négative peut être rapprochée de l'incompétence matérielle lorsque l'autorité compétente se décharge expressément et sans respecter les formalités nécessaires, sur une autorité inférieure de son pouvoir de décision.

## **2- L'incompétence territoriale**

L'incompétence *ratione loci* recouvre les hypothèses où une autorité méconnaît les limites territoriales de sa compétence. Les limites des circonscriptions territoriales étant claires et connues des autorités administratives, les hypothèses sont plus rares. Elles regroupent fréquemment les cas d'une censure de l'atteinte à la répartition des compétences entre autorités administratives. Par exemple, commet une incompétence le préfet qui réglemente à propos d'installations situées en tout ou partie dans un autre département<sup>231</sup> ou celui qui édicte une mesure de police à l'égard d'un administré se trouvant en dehors de son département<sup>232</sup> ou encore un inspecteur des impôts qui notifie un redressement à un contribuable qui n'est pas domicilié dans sa circonscription<sup>233</sup>. Il en va de même pour le préfet de police de Paris qui avait pris une mesure de police sur des départements qui ne relevaient plus de son autorité en raison d'une réorganisation administrative<sup>234</sup>. On voit le lien qu'il peut également être fait avec l'incompétence temporelle. Plus rarement, l'incompétence *ratione loci* peut être constituée lorsque l'auteur de l'acte a exercé ses attributions en dehors du lieu dans lequel il devait l'exercer. C'est ainsi que le conseil municipal doit, en principe, délibérer à la Mairie de la commune<sup>235</sup>.

## **3- L'incompétence temporelle**

Toute compétence comporte un aspect temporel puisqu'elle est conférée pour un temps limité, celui pour lequel un agent public est investi d'une fonction ou la durée du mandat d'une assemblée. La compétence ne peut donc s'exercer qu'entre l'acte d'investiture et l'expiration de la durée du mandat ou de la désinvestiture (sauf exception ou atténuation). L'incompétence *ratione temporis* désigne, dès lors, les hypothèses où l'autorité n'était pas encore compétente et symétriquement

---

<sup>229</sup> CE, Sect., 23 mai 1980, *Cne d'Évaux-les-Bains*, n° 17583.

<sup>230</sup> CE, Sect., 24 mars 1950, *Torregrosa*.

<sup>231</sup> CE, 2 février 1900, *Chaveneau*.

<sup>232</sup> CE, 27 janvier 1950, *Perrin*.

<sup>233</sup> CE, Sect., 6 juillet 1990, *Baptiste*, n° 92330.

<sup>234</sup> CE, 10 novembre 1978, *Chambre syndicale des cochers et chauffeurs de place de la région parisienne*, n° 04904.

<sup>235</sup> CE, 1er juillet 1998, *Préfet de l'Isère*, n° 187491.

celles où elle ne l'était plus. C'est par exemple le cas lorsqu'une décision est prise alors que l'autorité n'est pas encore en fonction<sup>236</sup>.

Le juge administratif censure tous les modes d'exercice illégaux des pouvoirs réalisés par l'auteur de l'acte qui s'inscrivent dans des illégalités d'incompétence pouvant être qualifiée de matérielle, temporelle ou territoriale. On remarque néanmoins que le juge, en fonction de l'illégalité d'incompétence, peut graduer la sanction qu'il entend donner pour diriger l'issue du litige.

## §2 : UNE SANCTION DIFFÉRENCIÉE EU ÉGARD À LA GRAVITÉ DE L'INCOMPÉTENCE ?

Le juge administratif est amené à censurer toutes les formes et tous les modes d'exercice de l'incompétence. Toutefois, la sanction qu'il entend donner à l'illégalité considérée peut varier. Cette sanction varie en fonction de la gravité de l'illégalité commise. Ainsi, il peut censurer différemment les illégalités qu'il considère comme particulièrement graves (**A**) et celles qu'il regarde comme des illégalités « simples » (**B**). Toutefois, il ne semble pas que cette sanction différenciée soit uniquement réservée à l'incompétence. Pourtant, plusieurs exemples démontrent qu'elle s'applique avec aisance lorsque l'incompétence est en jeu.

### **A- Les illégalités graves**

De l'incompétence de l'auteur de l'acte le juge peut déclarer un acte « nul et non avenu », c'est-à-dire inexistant. Lorsqu'un acte est déclaré inexistant, il peut tout d'abord être déféré au juge de l'excès de pouvoir à tout moment, sans condition de délai. Il peut ensuite être retiré à tout moment et ne peut créer de droits. Enfin, le juge soulève d'office l'inexistence de l'acte<sup>237</sup>.

L'hypothèse relatée ici concerne la notion d'inexistence juridique des actes administratifs qui diffère de celle de leur inexistence matérielle qui témoigne l'inexistence réelle d'un acte parce qu'il n'a, par exemple, jamais été édicté<sup>238</sup>. L'inexistence juridique quant à elle représente l'hypothèse dans laquelle le juge considère une illégalité si grave qu'elle doit être considérée comme n'ayant jamais existé. Il y a donc là une véritable appréciation de son contenu. La théorie de l'inexistence n'est pas propre à l'incompétence et déborde celle-ci. Toutefois, la théorie de l'inexistence juridique d'un acte est assez rare et fut illustrée dans le cadre de l'incompétence. C'est évidemment l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État *Rosan Girard*<sup>239</sup> qui nous permettra d'en illustrer un exemple pertinent.

En l'espèce, à la suite de divers incidents au cours du scrutin et lors du dépouillement, le préfet exigea du maire sortant, qui présidait le bureau centralisateur, que les urnes fussent transmises au conseil de préfecture pour qu'il procède lui-même au dépouillement et à la proclamation des résultats. Le maire refusa mais l'une des quatre urnes fut saisie par la gendarmerie. Le bureau centralisateur proclama néanmoins le résultat des élections et la reconduction du maire sortant. Le

---

<sup>236</sup> CE, Sect., 19 décembre 1952, *delle Mattéi*, n° 7133 ; CE, Sect., 10 janvier 1958, *Derville*.

<sup>237</sup> CE, 5 mai 1971, *Préfet de Paris et ministre de l'intérieur*, n° 75655.

<sup>238</sup> CE, Ass., 14 mai 1943, *Cne de Joinville-le-Pont*.

<sup>239</sup> Arrêt *Rosan Girard* préc.

préfet, au lieu de déférer ces résultats au juge de l'élection, constata par arrêté l'inexistence des opérations électorales. Une délégation municipale spéciale fut alors mise en place et de nouvelles élections furent organisées, qui virent la défaite du maire sortant. Celui-ci attaqua l'arrêté du préfet déclarant l'inexistence des opérations électorales, la mise en place d'une municipalité provisoire et les élections qui lui avaient été défavorables. Le Conseil d'État lui donna raison : alors que le délai de recours contre l'arrêté du préfet était écoulé, il ne rejeta pas la requête de M. Rosan-Girard comme tardive mais déclara « nul et non avenue » l'acte du préfet, « eu égard à la gravité de l'atteinte ainsi portée par l'autorité administrative aux attributions du juge de l'élection ».

C'est lorsque l'illégalité est particulièrement grave que le juge administratif la censure par la déclaration d'inexistence. Toutefois, il n'y a pas de critère défini et cela laisse place à une interprétation casuistique exercée par le juge. Effectivement, « un acte ne peut être regardé comme inexistant que s'il est dépourvu d'existence matérielle ou s'il est entaché d'un vice d'une gravité telle qu'il affecte, non seulement sa légalité, mais son existence même »<sup>240</sup>. Toutefois, le juge ne recourt que de façon exceptionnelle à la notion d'acte inexistant : tous les actes administratifs affectés d'une illégalité très grave ne sont pas nécessairement inexistant<sup>241</sup>. Francis Wodié nous expliquait alors que l'inexistence est « l'instrument d'une politique jurisprudentielle que le juge administratif entend conduire en dehors de toute règle préconçue et dans la seule considération des situations de fait qui lui sont soumises »<sup>242</sup>.

Une autre hypothèse renvoie à la gravité de l'incompétence : celle de la voie de fait. Ici, comme pour l'inexistence il faut relativiser le propos dans la mesure où la théorie de la voie de fait dépasse les seules questions d'incompétence. Elles sont pourtant très liées. C'est dans le cas où la décision de l'administration est manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'administration et porte gravement atteinte à la liberté individuelle ou éteint un droit de propriété que l'incompétence est considérée très grave et doit être jugée par le juge judiciaire<sup>243</sup>. D'ailleurs, lorsque l'acte inexistant est constitutif d'une voie de fait, les deux ordres de juridiction sont compétents pour constater l'inexistence<sup>244</sup>.

On remarque donc que l'incompétence peut être frappée d'une censure qui diffère de la simple déclaration d'illégalité. Toutefois, cette graduation de la sanction n'est pas propre à l'incompétence même si elle entretient des liens étroits avec la théorie de la voie de fait. On remarque néanmoins qu'elle trouve plus à s'appliquer à l'incompétence ainsi qu'aux illégalités internes. Même s'il est possible de voir que certaines illégalités d'incompétence sont frappées par une sanction plus forte voire peuvent échapper au contrôle du juge tant leur gravité est élevée, il faut avouer que la plupart des illégalités d'incompétence peuvent être qualifiées de « simples ».

---

<sup>240</sup> CE, 28 septembre 2016, *Association pour la prévention de la corruption et pour l'éthique en politique (Anticor)*, n°399173.

<sup>241</sup> CE, Ass., 10 février 1961, *Sieur Chabran*, n°49300.

<sup>242</sup> WODIE F., « L'inexistence des actes juridiques unilatéraux en droit administratif français », *AJDA* 1969, p.76.

<sup>243</sup> Toutefois, l'état du droit a largement réduit les hypothèses de voie de fait. v., par ex : TC, 17 juin 2013 *Bergoend c/ Société ERDF Anney Léman*, n° C3911.

<sup>244</sup> TC, 27 juin 1966, *Guigon*.

## **B- La simple reconnaissance d'illégalité « simple »**

Dans la plupart des cas, l'incompétence sera reconnue comme une illégalité « simple » qui mènera à une éventuelle annulation<sup>245</sup>. Il arrive aussi que lorsque l'autorité administrative exerce un pouvoir qui n'est pas le sien (et empiète sur un pouvoir constitutionnel), le juge ne retienne qu'une illégalité simple à la place d'une déclaration d'inexistence. L'incompétence de l'auteur de l'acte est une illégalité grave au stade de l'examen de l'illégalité. Toutefois, au stade de la sanction, elle souffre généralement des mêmes limitations que les illégalités externes<sup>246</sup>.

Cependant, les différentes illégalités que nous avons abordées sont considérées comme gravement illégales en ce qu'elles touchent – de près ou de loin – à la notion de compétence. D'ailleurs, lorsqu'on s'intéresse aux illégalités entachant la requête, on s'aperçoit aussi que ces illégalités sont considérées comme graves en ce qu'elles peuvent affecter l'exercice de la compétence du juge.

\* \* \*

Les moyens d'ordre public et de question prioritaire de constitutionnalité entretiennent un lien avec la notion de compétence ; qu'il s'agisse d'assurer la compétence ou de sanctionner celle-ci. Ce lien permet de justifier le caractère particulièrement grave de ces illégalités. Le droit leur accorde donc une gravité singulière qui se révèle par leur régime juridique.

---

<sup>245</sup> V. pour un exemple récent : CE, 26 septembre 2018, *Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA)*, n°406169.

<sup>246</sup> V. *infra* p. 106 et s.

# CHAPITRE 2 : UNE PRESOMPTION JUSTIFIANT UN REGIME JURIDIQUE SPECIFIQUE

---

Les liens qu'entretiennent ces différentes illégalités avec la notion de compétence font que le juge les estime particulièrement graves. Toutefois, il pourrait seulement les considérer *ipso facto* comme des illégalités sans toutefois leur attribuer un régime particulier. C'est bien là l'originalité de ces illégalités. Le droit attribue une véritable présomption de gravité parce qu'elles sont liées à la notion de compétence et cette présomption se révèle par un régime juridique spécifique qui les différencie des autres illégalités. L'illégalité relevée par le moyen de la question prioritaire de constitutionnalité nécessite une étude particulière en ce qu'il dévoile une réelle originalité (**Section 1**). Ce sont évidemment les illégalités soulevées par des moyens d'ordre public dont il faudra ensuite observer la singularité (**Section 2**).

## SECTION 1 : LE REGIME PARTICULIER DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE

La QPC obéit à des conditions de recevabilité spécifiques qui trouvent leur source soit dans l'article 61-1 de la constitution<sup>247</sup> soit dans la loi organique de 2009<sup>248</sup>. Il est possible de faire une distinction entre les conditions de recevabilité et la décision de recevabilité qui en découle. S'agissant des conditions externes de recevabilité, il faut que la question intervienne durant une instance et que le litige soit pendant devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation. S'agissant des conditions internes de recevabilité, il faut que le moyen soit présenté dans un écrit distinct et motivé, il doit être attrait à une disposition législative portant une atteinte à un droit ou liberté que la constitution garantit, et respecter les critères de renvoi (l'applicabilité ainsi que le caractère sérieux ou nouveau de la question). S'agissant, de la décision de recevabilité, elle doit se réaliser dans un certain délai, la procédure doit d'ailleurs respecter le principe du contradictoire, elle doit être motivée et le juge doit surseoir à statuer en l'attente de la décision (éventuelle) du Conseil constitutionnel.

Toutefois nous ne reprendrons pas toutes les conditions de la QPC qui témoignent pourtant de sa singularité. Nous nous concentrerons sur celles qui ont une incidence sur l'examen réalisé par le juge de l'excès de pouvoir et qui illustrent la gravité de l'illégalité considérée. C'est le moyen lui-même qui permet d'accorder une particularité à l'illégalité soulevée. Ce moyen fait effectivement l'objet d'un examen singulier par le juge de l'excès de pouvoir (§ 1). De surcroît, alors même qu'il

---

<sup>247</sup> Art. 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958.

<sup>248</sup> Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

n'existe pas, en principe, de règle spécifique au délai dans lequel le juge doit examiner un moyen, la célérité de la procédure de l'examen de ce moyen a été retenue (§ 2).

## § 1 : UN EXAMEN SINGULIER

La singularité du moyen de la QPC s'exprime par l'obligation pour le justiciable de déconnecter ce moyen du litige (A). C'est surtout, le caractère « prioritaire » de la QPC qui en fait un moyen spécial (B).

### A- Un examen déconnecté du litige

Le juge de l'excès de pouvoir lorsqu'il s'intéresse au moyen de la QPC réalise un examen que l'on peut qualifier de déconnecté. La QPC est en réalité un « procès dans le procès ». En effet, dans l'instance elle a un objet propre. Elle vise spécifiquement l'abrogation de la disposition législative estimée inconstitutionnelle. Elle confère au justiciable le droit, jusqu'alors inexistant, de demander l'abrogation de la loi. C'est en quelque sorte un recours préalable en abrogation. Cela se remarque grâce aux éléments qui conditionnent la recevabilité de la procédure : la nécessité d'un écrit distinct et motivé et le sursis à statuer du juge *a quo*.

L'article 23-1 de la loi organique de 2009<sup>249</sup> pose la condition selon laquelle la QPC doit être présentée dans un « mémoire distinct et motivé ». Cette condition n'est pas étrangère au caractère prioritaire dans la mesure où elle permet d'assurer ce dernier. Elle n'est pas non plus étrangère à la question de la célérité de l'examen. Cette règle est d'ailleurs inscrite dans le code de justice administrative aux articles R. 771-3, R. 771-9 et R. 771-15 du code de justice administrative (CJA). Le Conseil constitutionnel a également précisé que cette obligation s'applique à tous les stades de la procédure<sup>250</sup>. Cette exigence montre d'ailleurs la cloison entre le procès constitutionnel et celui devant le juge ordinaire puisque le Conseil constitutionnel ne peut s'immiscer dans l'affaire au fond dès lors qu'il ne disposera que des écrits relatifs à la QPC.

Le décret du 10 février 2010<sup>251</sup> explique les conséquences d'une omission de l'écrit distinct et motivé. Devant la juridiction administrative, l'article R. 771-4 du CJA pose la règle selon laquelle il n'appartient pas à la juridiction saisie de faire, le cas échéant, régulariser cette exigence d'un mémoire distinct et motivé. L'irrecevabilité découlant de l'absence d'un tel mémoire peut être soulevée d'office par le juge sans en informer préalablement les parties. Ceci n'interdira bien sûr pas aux parties de procéder spontanément à une régularisation.

Les articles 23-3 et 23-5 de la loi organique précisent le sursis à statuer (respectivement pour le premier juge du filtre et pour le second). Ce n'est que lorsque les juges suprêmes auront répondu

---

<sup>249</sup> Art. 23-1 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

<sup>250</sup> Le Conseil a en effet jugé que « le Conseil constitutionnel n'étant pas compétent pour connaître de l'instance à l'occasion de laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été posée, seuls l'écrit ou le mémoire « distinct et motivé » ainsi que les mémoires et conclusions propres à cette question prioritaire de constitutionnalité doivent lui être transmis » (cons. 27 de la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*).

<sup>251</sup> Décret n° 2010-148 du 16 février 2010 portant application de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.



et qu'ils ne renvoient pas ou lorsque le Conseil constitutionnel aura « vidé » la question de constitutionnalité que l'instance reprendra. Le juge de l'excès de pouvoir doit donc attendre la réponse soit du juge constitutionnel, soit le refus de transmettre du Conseil d'État. Cela transcrit la déconnection du moyen de la QPC dans le litige administratif. Il ne représente qu'une question posée dans le litige qui permettra (ou non) de le régler. L'importance de ce moyen se caractérise par la transcendance qu'il a sur le litige en cours. Il est permis d'affirmer qu'une question préjudicielle à une autre juridiction que le juge constitutionnel pourrait ainsi, au même titre, être étudiée. Toutefois, la singularité et l'importance de l'illégalité éventuelle soulevée par la QPC, révélée par le mémoire distinct et motivé, se conjugue d'un examen prioritaire. C'est en cela qu'il est possible de faire une distinction entre une question préjudicielle et la question prioritaire de constitutionnalité. Comme nous le rappelle Marc Guillaume « en qualifiant cette question de « prioritaire », la loi organique montre bien qu'il ne s'agit pas d'une question « préjudicielle ». En effet, la question doit être traitée avant toutes les autres alors que, face à une question préjudicielle, le juge doit d'abord statuer sur les autres moyens ; il ne pose la question préjudicielle et ne sursoit à statuer que si aucun de ces autres moyens ne lui permet de régler le litige. C'est bien l'inverse ici. »<sup>252</sup>.

## **B- Un examen prioritaire**

Le caractère « prioritaire » de la question prioritaire de constitutionnalité ne se trouve guère dans le corps de la Constitution. C'est la loi organique du 10 décembre 2009 qui la qualifie ainsi. Cette qualification la singularise des autres moyens puisque dans le procès des juges ordinaires il n'existe pas d'autres qualifications identiques. Le terme est clair mais sa singularité amène à commentaire : prioritaire, d'accord, mais prioritaire sur quoi ?

Rappelons que le caractère prioritaire n'est qu'à l'initiative du justiciable et ne peut être dérogé par le juge. Autrement dit, seul le justiciable peut poser une question de constitutionnalité et lorsqu'il le fait, ce moyen doit être prioritaire aux autres. Cette singularité du caractère prioritaire traduit également que c'est un choix du justiciable, à la différence des moyens d'ordre public qui doivent être relevés obligatoirement par la juridiction. Or, la juridiction saisie a interdiction de soulever d'office une question prioritaire de constitutionnalité<sup>253</sup>. Il est néanmoins possible au ministère public, lorsqu'il est partie au litige, de poser une question prioritaire de constitutionnalité. Cette volonté de mettre en première place le justiciable impliquait le caractère « prioritaire », faute de quoi le droit ouvert par le constituant au justiciable de voir, le cas échéant, la loi abrogée ne serait pas respecté.

Le caractère prioritaire de la QPC traduit l'exigence d'une supériorité du moyen sur d'autres : qu'ils soient des moyens de légalité ou de conventionnalité. Autrement dit, le caractère prioritaire de la QPC correspond à une priorité procédurale qui mène les juges ordinaires à examiner en premier lieu le moyen de la QPC face aux autres moyens alléguant l'illégalité de l'acte.

---

<sup>252</sup> GUILLAUME M., « QPC : textes applicables et premières décisions », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, N° 29, octobre 2010.

<sup>253</sup> Cons. 9 de la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*.

C'est ce que confirment les articles 23-2<sup>254</sup> et 23-5<sup>255</sup>. Ces dispositions sont essentielles pour assurer la compétence du juge constitutionnel face au contrôle de conventionnalité. Effectivement, si le juge pouvait refuser de transmettre la question de constitutionnalité au motif que la loi contestée peut être écartée par un raisonnement de conventionnalité, la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 serait mise en échec. C'est d'ailleurs ce que rappelait Guy Carcassonne en disant que, « oui, bien sûr, la priorité de la question de constitutionnalité sur la question de conventionnalité est une nécessité. La première raison en est que, faute de cette priorité, l'article 61-1 serait mort-né. (...) Parmi les partisans de la nouvelle disposition constitutionnelle, on s'est d'abord inquiété que le filtre ne devînt pas un bouchon ; et on a découvert un autre risque, celui que le bouchon laisse la place à un canal de dérivation, détournant vers le contrôle de conventionnalité tout ce qui, en bonne logique, devrait relever du contrôle de constitutionnalité, lequel n'aurait alors plus aucun sens (...) »<sup>256</sup>.

L'articulation du caractère prioritaire avec le droit européen (notamment le droit de l'Union européenne) a pu interroger<sup>257</sup>. Néanmoins, même s'il complexifie le paysage juridique<sup>258</sup>, il ne heurte pas le droit de l'Union européenne<sup>259</sup> en ce qu'il ne traduit qu'une priorisation d'examen du moyen<sup>260</sup>. Le caractère prioritaire de la QPC affirme néanmoins une singularité face aux autres moyens et relève l'importance de l'illégalité qu'il soulève. Cette remarque peut être également dégagée eu égard aux délais que les juges ordinaires ont pour juger de la recevabilité de la QPC. Elle doit donc être « prioritaire » et rapide.

## § 2 : UN DÉLAI MARQUÉ PAR LA CÉLÉRITÉ

Pour ne pas interférer (trop) longuement l'instance devant le juge administratif ou judiciaire, le législateur organique a exigé une certaine célérité pour examiner le moyen. La célérité est exigée à la fois pour le premier juge du filtre mais également pour les juridictions suprêmes. Toutefois, pour ne pas impliquer trop de rigidité, la célérité exigée pour les juges du fond n'a pas été circonscrite **(A)** à l'inverse des juges suprêmes **(B)**.

---

<sup>254</sup> Alinéa 5 de l'article 23-2 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution : « En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation ».

<sup>255</sup> Alinéa 2 de l'article 23-5 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution : « En tout état de cause, le Conseil d'État ou la Cour de cassation doit, lorsqu'il est saisi de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel ».

<sup>256</sup> CARCASSONNE G., Auditions devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale (Rapport n° 1898 de Warsmann J.-L.), CR n° 63.

<sup>257</sup> V. par. ex. Cass. QPC, 16 avril 2010, *Abdeli « 1 »*, n° 10-40. 002.

<sup>258</sup> BÉCHILLON (De) D., « Cinq Cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, vol. 137, n° 2, 2011, pp. 33-45.

<sup>259</sup> CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, n° C-188/10 et n° C189/10.

<sup>260</sup> Cons. Const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*.

## A- Une célérité indéterminée pour les juges du fond

Le constituant n'ayant pas inscrit de disposition à cet égard dans l'article 61-1 de la Constitution, le législateur organique a alors précisé les délais de transmission que le juge du fond devait respecter. L'article 23-2 de la loi organique du 10 décembre 2009<sup>261</sup> dispose que « la juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation ». Le législateur organique n'a donc pas souhaité définir un délai circonscrit pour transmettre (ou non) la QPC au Conseil d'État ou à la Cour de cassation. Pourtant, l'Assemblée nationale avait initialement institué un délai de deux mois au terme duquel, si le juge *a quo* n'avait pas statué, le requérant pouvait saisir les juridictions suprêmes. Ce dispositif n'a pas été retenu afin de laisser davantage de souplesse à la procédure.

Cependant, la notion « sans délai » interroge : est-ce une absence de délai caractérisée par une liberté du juge dans le temps d'examen du moyen ou, au contraire, une indétermination du délai qui suppose (voire impose) une certaine célérité ?

La réponse peut être trouvée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le juge constitutionnel nous enseigne que la formule « sans délai » constitue une incitation à juger rapidement, sans pour autant enserrer le jugement dans un délai déterminé. C'est ce qu'il avait précisé dans une décision du 20 novembre 2003 relative aux délais impartis au premier président de la cour d'appel pour se prononcer sur la demande d'effet suspensif de l'appel du procureur de la République. Le Conseil affirmait que « l'expression « sans délai » implique une décision qui, si elle ne peut être immédiate pour des raisons tenant à l'exercice des droits de la défense, doit être rendue dans le plus bref délai »<sup>262</sup>. Cette jurisprudence est constante et le Conseil l'avait déjà appliquée à propos du délai pour donner information au procureur de la République d'un placement en garde à vue<sup>263</sup>.

Par contre, cette exigence de procédure « sans délai » ne semble pas s'appliquer lors de la contestation du refus de transmission par le juge *a quo*. En effet une telle exigence ne ressort ni de la loi organique, ni de la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, ni du décret n° 2010-148 du 16 février 2010. Dès lors, le juge d'appel ne paraît pas lié par cette exigence. Si l'indétermination d'un délai fut retenue pour le juge du premier filtre, c'est la solution inverse qui fut retenue pour les juridictions suprêmes.

## B- Une célérité déterminée pour les juges suprêmes

L'article 61-1 de la Constitution prévoit que « le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé »<sup>264</sup>. Dès lors, en prescrivant que le délai devait être déterminé mais sans prévoir clairement celui-ci, l'article 61-1 de la Constitution laissait au législateur organique le soin de le

---

<sup>261</sup> Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

<sup>262</sup> Cons. Const., 20 novembre 2003, n° 2003-483 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*.

<sup>263</sup> Cons. Const., 11 août 1993, n° 93-326 DC, *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale*. Le juge constitutionnel précise que « l'expression « sans délai » implique une décision qui, si elle ne peut être immédiate pour des raisons tenant à l'exercice des droits de la défense, doit être rendue dans le plus bref délai ».

<sup>264</sup> Art. 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958.

déterminer. L'article 23-4<sup>265</sup> dispose alors que « dans un délai de trois mois à compter de la réception de la transmission prévue à l'article 23-2 ou au dernier alinéa de l'article 23-1, le Conseil d'État ou la Cour de cassation se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel ». L'alinéa 3 de l'article 23-5 réaffirme cela, en précisant que « le Conseil d'État ou la Cour de cassation dispose d'un délai de trois mois à compter de la présentation du moyen pour rendre sa décision ».

Le délai étant expressément déterminé, il fallait encore s'interroger sur le non-respect de cette obligation. L'hypothèse dans laquelle une juridiction suprême ne rendrait pas de décision dans le délai imparti n'était pas initialement prévue par le projet de loi organique<sup>266</sup>. Marc Guillaume dans son audition devant la Commission des lois à l'Assemblée Nationale exprimait le fait qu'une telle sanction tirerait les conséquences de l'article 61-1 qui prévoit que les juges suprêmes se prononcent « dans un délai déterminé ». Cette hypothèse fut, *in fine*, ajoutée au texte de la loi organique qui dispose dans son article 23-7 que : « si le Conseil d'État ou la Cour de cassation ne s'est pas prononcé dans les délais prévus aux articles 23-4 et 23-5, la question est transmise au Conseil constitutionnel ». La célérité de l'examen du moyen de QPC est donc consacrée et même sanctionnée dans le cas d'une omission des juges suprêmes.

L'illégalité, soulevée par le moyen de la QPC, recèle donc une gravité importante. Eu égard à ce degré de gravité, cette illégalité se voit attribuer un régime juridique spécifique. Ce constat se réalise également pour les moyens d'ordre public.

## **SECTION 2 : LE REGIME PRIVILEGIE DES MOYENS D'ORDRE PUBLIC**

Les moyens d'ordre public bénéficient d'un régime privilégié parce qu'ils soulèvent des illégalités qui sont, nous l'avons vu, liées à la notion de compétence. Autrement dit, les moyens d'ordre public bénéficient d'un traitement juridique favorisé parce que les illégalités qu'ils soulèvent sont d'une importance considérée comme majeure. Autrement dit, comme ces moyens soulèvent des illégalités graves ils devaient faire l'objet d'un traitement distinct des autres moyens. D'ailleurs, Bertrand Seiller et Matthias Guyomar les définissent comme « un moyen bénéficiant d'un régime très protecteur en raison de la gravité du vice qu'il permet de sanctionner »<sup>267</sup>. Il existe un régime juridique dérogatoire, commun à tous les moyens d'ordre public (§ 1). L'étude portera un regard particulier sur le moyen d'incompétence de l'auteur de l'acte qui mérite une étude particulière en ce que le régime de ce cas d'ouverture de l'excès de pouvoir exprime un caractère spécial vis-à-vis des autres cas d'ouverture (§ 2).

---

<sup>265</sup> Art. 23-4 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

<sup>266</sup> Assemblée Nationale, Rapport n° 1898 fait par J-L. Warsmann, au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'Administration générale de la République sur le projet de loi organique n°1599, relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, 3 septembre 2009, XIIIe législature.

<sup>267</sup> SEILLER B. et GUYOMAR M., *Contentieux administratif*, Hypercours, Dalloz, 4e édition, 2017.

## § 1 : LE RÉGIME DÉROGATOIRE DES MOYENS D'ORDRE PUBLIC

Les moyens d'ordre public, lorsqu'ils sont qualifiés ainsi, bénéficient d'un régime singulier vis-à-vis des autres moyens. La simple qualification du moyen « d'ordre public » participe à la présomption de gravité de l'illégalité qu'il allègue. Toutefois, c'est en bénéficiant d'un régime juridique dérogatoire qu'il devient possible de dire que l'illégalité soulevée est présumée grave. Les moyens d'ordre public se distinguent de la QPC, quant à leur régime juridique, en deux points. D'une part, alors qu'il existe une interdiction pour le juge de soulever d'office une QPC, c'est une obligation pour les moyens d'ordre public. Il s'en conclut que l'invocation d'un moyen d'ordre public est facilitée (A). D'autre part, s'il a été reconnu un caractère prioritaire à la QPC tel n'est pas, en principe, le cas des moyens d'ordre public. Mais est-ce vraiment le cas ? (B).

### A- Une invocation facilitée

Le régime des moyens d'ordre public est dérogatoire en ce qu'il permet une facilitation de l'invocation du moyen. Il permet de déroger aux règles traditionnelles de la procédure administrative contentieuse d'invocation du moyen pour les parties (1). De surcroît, lorsque les parties ne soulèvent pas le moyen d'elles même, le juge a non seulement la possibilité de le faire mais *a fortiori* l'obligation de le faire (2). Cette facilitation est justifiée par l'importance de l'illégalité soulevée par le moyen.

#### 1- Une invocation favorisée pour les parties

L'invocation d'un moyen au cours de l'instance doit satisfaire des règles procédurales précises et contraignantes. Il nous faut d'abord préciser, qu'en principe, il existe une obligation pour le requérant d'exposer les moyens fondant sa requête. Cette règle est d'ailleurs rappelée à l'article R. 411-1 du Code de justice administrative qui dispose que la requête « contient l'exposé des faits et moyens, ainsi que l'énoncé des conclusions soumises au juge »<sup>268</sup>. Cette règle était, avant d'être textualisée, inscrite dans la jurisprudence<sup>269</sup>. Passée cette obligation, ce sont plusieurs règles juridiques qui contraignent la liberté d'invoquer tous moyens comme le fait, par exemple, que la requête (et les moyens qui la soutiennent) doit être réalisée dans le délai contentieux qui est en principe de deux mois<sup>270</sup>.

C'est notamment la cristallisation des moyens qui peut être opposée au requérant. La recevabilité d'un moyen s'apprécie à la date à laquelle il est soulevé devant le juge de l'excès de pouvoir et non à la date à laquelle ce dernier statue sur son bien-fondé<sup>271</sup>. Cependant, la recevabilité d'un moyen est soumise à des conditions temporelles spécifiques. Dans le délai du recours contentieux, et si, celui-ci n'a pas été déclenché dans les deux mois du dépôt de la requête, le débat juridique se cristallise. Dans l'excès de pouvoir, les moyens susceptibles d'être invoqués reposent soit sur la légalité interne soit sur la légalité externe de la décision contestée. C'est par la jurisprudence *Société*

---

<sup>268</sup> Art. 411-1 du CJA.

<sup>269</sup> CE, 1er juin 1953, *Vasnier*, Lebon 254.

<sup>270</sup> Art. R. 421-1 du CJA : « La juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée ».

<sup>271</sup> CE, Sect., 30 juin 1997, *Kessai*, N° 168019.

*Intervopie*<sup>272</sup> que fut dégagée la théorie de la cristallisation des moyens. Elle correspond à l'irrecevabilité des moyens soulevés après l'expiration du délai de recours sauf s'ils se rattachent à la même cause juridique<sup>273</sup> que ceux soulevés dans le délai. Ces moyens s'interprètent alors comme des prétentions nouvelles tardivement présentées. Ils sont donc constitutifs d'une « demande nouvelle » (assimilés à des conclusions nouvelles) et doivent alors être présentés à l'appui d'une requête. Cette jurisprudence n'est, en soit, guère redoutable puisqu'il faudra simplement que le requérant invoque deux moyens issus d'une cause juridique distincte pour ensuite compléter ultérieurement son argumentation.

Sauf que, parfois, les moyens nouveaux ne peuvent plus être invoqués. Par exemple, l'article R. 611-7-1 du code de justice administrative dispose que : « Lorsque l'affaire est en état d'être jugée, le président de la formation de jugement ou le président de la chambre chargée de l'instruction peut, sans clore l'instruction, fixer par ordonnance la date à compter de laquelle les parties ne peuvent plus invoquer de moyens nouveaux ». Cependant, le Conseil d'État a précisé dans un avis récent que la cristallisation des moyens prononcées en première instance ne valait pas en appel<sup>274</sup>. D'ailleurs, le droit de l'urbanisme, toujours dérogatoire, impose exceptionnellement à l'article R. 611-7 un délai de deux mois pour la cristallisation des moyens<sup>275</sup>.

Enfin, c'est dans le cadre des voies de recours qu'il est possible de déterminer des contraintes relatives aux moyens invoqués. Dans le cadre de l'appel, en principe, la contrainte est la même qu'en première instance et se résume encore à la notion de cause juridique (sauf si le demandeur devient défendeur, il peut alors soulever tout moyen à condition de le faire dans le délai de l'appel ou après, s'il s'agit de moyens relatifs à la même cause juridique<sup>276</sup>). Toutefois, le juge d'appel n'est saisi que des moyens expressément repris devant lui. Dans le cadre de la cassation, selon une jurisprudence « très fermée et très sévère »<sup>277</sup>, seuls les moyens qui ont été soumis aux juges du fond peuvent être invoqués devant le juge de cassation<sup>278</sup>.

Le régime juridique des moyens d'ordre public déroge à toutes ces règles ce qui dépeint l'importance des illégalités soulevées. Ce caractère dérogatoire se traduit par une facilitation pour le requérant d'invoquer ce type de moyen. Effectivement, ces moyens peuvent être soulevés par le requérant ou le défendeur à n'importe quel stade de la procédure c'est-à-dire à tout moment de

---

<sup>272</sup> CE, Sect., 20 février 1953, *Société Intervopie*, n° 9772.

<sup>273</sup> La cause juridique désigne le fondement de la demande c'est-à-dire sa justification. Ainsi définie, elle s'apparente au moyen. Toutefois, la cause juridique est une notion plus large que le moyen car elle recouvre plusieurs types de moyen. Les moyens de légalité interne et externe constituent deux causes juridiques distinctes. Les moyens ne sont alors qu'un mode d'expression particulier de la cause juridique rassemblant ceux qui mettent en cause un même aspect de la décision administrative.

<sup>274</sup> CE, avis, 13 février 2019, *Société Active Immobilier et de l'EURL Donimmo*, n° 425568.

<sup>275</sup> Art. R. 600-5 du code de l'urbanisme dispose que « Par dérogation à l'article R. 611-7-1 du code de justice administrative, et sans préjudice de l'application de l'article R. 613-1 du même code, lorsque la juridiction est saisie d'une requête relative à une décision d'occupation ou d'utilisation du sol régie par le présent code, ou d'une demande tendant à l'annulation ou à la réformation d'une décision juridictionnelle concernant une telle décision, les parties ne peuvent plus invoquer de moyens nouveaux passé un délai de deux mois à compter de la communication aux parties du premier mémoire en défense. Cette communication s'effectue dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article R. 611-3 du code de justice administrative. Le président de la formation de jugement, ou le magistrat qu'il désigne à cet effet, peut, à tout moment, fixer une nouvelle date de cristallisation des moyens lorsque le jugement de l'affaire le justifie. Le présent article n'est pas applicable aux décisions contestées par le pétitionnaire ».

<sup>276</sup> CE, 27 juin 2011, *Conseil départemental de Paris de l'Ordre des chirurgiens-dentistes*, n° 339568.

<sup>277</sup> STAHL J.-H., « Recours en cassation » in Répertoire de Contentieux administratif, n° 57.

<sup>278</sup> V. par ex. CE, 16 janvier 1995, *SARL Constructions industrielles pour l'agriculture (Cipa)*, n° 112746.

l'instance (même après l'expiration du délai de recours) mais aussi plus tard c'est-à-dire en appel<sup>279</sup> et même en cassation. Les moyens d'ordre public permettent ainsi de se détacher des règles procédurales précédemment énoncées. De surcroît, les moyens d'ordre public peuvent être invoqués même s'ils se rattachent à une cause juridique distincte et qui n'avait pas été soulevée. Leur invocation est donc largement facilitée. Cela illustre l'importance des illégalités soulevées par ces moyens qui justifie le traitement juridique dont elles bénéficient. De plus, si les parties négligent l'invocation des moyens d'ordre public, le juge doit les soulever d'office.

## **2- Une invocation imposée au juge**

Le juge est tenu de statuer sur l'ensemble du litige (conclusions et moyens) et ne peut dépasser ce cadre. C'est l'interdiction de statuer *ultra petita* (c'est-à-dire au-delà de ce qui lui est demandé). Peu nombreuses sont les exceptions à cette interdiction. Néanmoins, le régime des moyens d'ordre public en offre l'illustration la plus flagrante. L'obligation qu'ont les requérants de motiver leur requête à l'appui de moyens se traduit aussi par l'interdiction faite au juge de statuer sur des moyens qui ne sont pas soulevés par les parties. Autrement dit, le juge ne peut statuer sur les recours qui lui sont soumis qu'au regard des moyens avancés par les parties à l'exception des moyens d'ordre public qu'il doit, au besoin, soulever d'office. Ainsi, le juge doit pallier la négligence ou l'ignorance dont font preuve les parties pour introduire dans le débat juridique le moyen d'ordre public. L'obligation de soulever des moyens d'ordre public révèle évidemment l'importance accordée à l'illégalité puisqu'elle traduit l'assouplissement du fait selon lequel la maîtrise de la matière litigieuse appartient aux parties.

La dérogation de la règle de l'*ultra petita* doit toutefois respecter certaines exigences. L'article R. 611-7 du Code de justice administrative dispose que « Lorsque la décision lui paraît susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office, le président de la formation de jugement ou, au Conseil d'État, 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 ». La communication de ce moyen aux parties répond davantage à une exigence de loyauté des débats judiciaires<sup>280</sup> qu'au respect du principe du contradictoire. D'ailleurs, la notification d'un moyen d'ordre public ne peut intervenir deux jours avant l'audience, un tel délai étant insuffisant pour que les parties puissent présenter utilement leurs observations<sup>281</sup>. En outre, cette communication doit être précise pour en permettre la discussion<sup>282</sup> et le juge doit préciser formellement le délai dont disposent les parties pour conclure sur le moyen soulevé d'office<sup>283</sup>.

Lorsque l'article R. 611-7 dispose que « lorsque la décision lui paraît susceptible (...) », il rappelle implicitement que pour que le moyen d'ordre public soit soulevé par le juge, ce dernier doit « ressortir manifestement des pièces du dossier au vu duquel le juge statue »<sup>284</sup>. C'est en cela que Daniel Labetoulle explique que « le juge en soulevant d'office un moyen, ne modifie en rien le dossier dont les deux parties ont eu connaissance, ne se fonde sur aucune pièce nouvelle et exerce

---

<sup>279</sup> CE, 19 mai 1961, *Gianotti*, Lebon 346.

<sup>280</sup> SEILLER B. et GUYOMAR M., *op. cit.*

<sup>281</sup> CAA Lyon, 17 octobre 1997, *Alessandri*, n° 95LY01392.

<sup>282</sup> CE, 25 octobre 1996, *préfet du Morbihan*, n° 143362.

<sup>283</sup> CE, 4 juillet 2012, *Département de Saône et Loire*, n° 356168.

<sup>284</sup> CE, 28 décembre 2007, *Arsicaud Bering*, n° 282309.

son office au titre, non pas de la phase de l'instruction, mais de celle du jugement »<sup>285</sup>. Il est interdit au juge administratif de mener des investigations si aucune pièce du dossier ne révèle un moyen d'ordre public.

Ces exigences n'enlèvent en rien le caractère très dérogoire à la règle de l'*ultra petita* lorsqu'il soulève un moyen d'ordre public. Ces dérogations révèlent inévitablement la gravité de l'illégalité soulevée par de tels moyens. Néanmoins, si l'invocation de ces moyens se trouve facilitée, sont-ils prioritaires ?

## **B- Une priorité d'examen ?**

S'attachant plus à la hiérarchie procédurale, la priorité d'ordre d'examen n'est pas non plus étrangère à la hiérarchie substantielle. Effectivement, lorsqu'un moyen est examiné en priorité par rapport aux autres on s'intéresse plus à la procédure d'examen que le juge réalise, plutôt qu'à la substantialité du moyen. Pourtant, cette problématique de la substantialité du moyen n'est pas étrangère à la priorité d'ordre d'examen puisqu'il se pourrait qu'un moyen, jugé plus important qu'un autre, soit examiné en premier. C'est notamment le cas pour la question prioritaire de constitutionnalité. Qu'en est-il pour les moyens d'ordre public ? Mis à part la question prioritaire de constitutionnalité, il n'existe pas, en principe, de priorité d'ordre d'examen des moyens puisqu'elle relève de la discrétion du juge (1). Cette affirmation vaut pour les moyens d'ordre public. Pourtant, il est permis de s'interroger sur une éventuelle priorisation pragmatique (2).

### ***1- L'absence de règle juridique imposant la priorité d'examen des moyens***

Il n'existe pas, en principe, dans le contentieux de l'excès de pouvoir un ordre prédéterminé et obligatoire (c'est-à-dire imposé sous peine d'une sanction) d'examen des moyens. Pourtant, avant d'examiner le fond de la demande dont le support est la requête, le juge suit un ordre d'examen particulier, souvent résumé sous l'acronyme « DINIF » (désistement, incompétence, non-lieu, irrecevabilité, fond). Cet ordre d'examen s'impose au juge puisque sa méconnaissance constitue une erreur de droit<sup>286</sup>. Toutefois, ces « questions préalables » ne constituent pas des moyens relatifs à la légalité de l'acte mais concernent plus largement le litige indépendamment de l'examen au fond. Si l'on s'intéresse à l'ordre d'examen des moyens d'annulation (qui concernent, eux, les illégalités soulevées pour fonder l'annulation), il est possible de remarquer que la règle traditionnelle est celle de la liberté du juge (a). Néanmoins, très récemment, cette liberté a été (partiellement) limitée par la jurisprudence administrative qui est venue encadrer cette liberté à l'initiative du requérant (b).

#### ***a- Une priorité traditionnellement marquée par la liberté du juge***

La question de la priorité d'examen des moyens ne se pose que lorsque les moyens sont pluriels. Lorsqu'existe une pluralité de moyens, quel est celui que le juge examine en premier ?

La priorité d'ordre d'examen des moyens est, en principe, à l'entière discrétion du juge. Il est vrai que l'on pourrait songer à observer, dans les motifs de la décision juridictionnelle, la structure de cette dernière pour dégager un d'ordre d'examen. Néanmoins, c'est le principe de l'économie de

---

<sup>285</sup> LABETOULLE D., « Titre préliminaire » in J-Cl. de justice administrative.

<sup>286</sup> V. par ex. CE, Sect., 21 novembre 1975, *SA La grande brasserie moderne*, n° 90171 ; CE, 9 avril 2014, *Société Copalex*, n° 357168.



moyens<sup>287</sup> qui obstrue cette possibilité (seulement lorsque la décision prononce l'annulation puisqu'une décision de rejet doit mentionner la réponse à tous les moyens). L'économie de moyen est toujours le principe. C'est ce que rappelle le Conseil d'État en affirmant que « le motif par lequel le juge de l'excès de pouvoir juge fondé l'un quelconque des moyens de légalité soulevés devant lui ou des moyens d'ordre public qu'il relève d'office suffit à justifier l'annulation de la décision administrative contestée. Il s'ensuit que, sauf dispositions législatives contraires, le juge de l'excès de pouvoir n'est en principe pas tenu, pour faire droit aux conclusions à fin d'annulation dont il est saisi, de se prononcer sur d'autres moyens que celui qu'il retient explicitement comme étant fondé »<sup>288</sup>.

Rappelons, que saisi d'un recours pour excès de pouvoir à l'appui duquel plusieurs moyens sont soulevés, le juge peut se borner afin de justifier l'annulation de la décision attaquée, à faire apparaître le bien-fondé d'un seul d'entre eux. Surtout, lorsque plusieurs moyens sont fondés, le juge est libre de retenir le motif d'annulation de son choix. Ainsi, s'il est en mesure d'accueillir deux motifs d'annulation, le juge est libre de n'en retenir qu'un seul, et c'est ainsi qu'il agit généralement puisqu'« il n'est pas d'usage de retenir plusieurs moyens à la fois »<sup>289</sup>, constate Jean Kahn. « Le Conseil d'État ne donne généralement qu'un seul motif aux annulations qu'il prononce »<sup>290</sup>, confirme le président Odent.

Toutefois, même si l'ordre d'examen est à l'entière discrétion du juge, la doctrine a tenté de déceler quel moyen (ou quelle cause juridique) était analysé(e) prioritairement. René Chapus explique que la distinction entre légalité interne et externe n'est pas sans lien avec l'ordre d'examen des moyens puisque le juge est « porté à prendre d'abord en considération les moyens tirés de l'illégalité externe de la décision »<sup>291</sup>. Georges Vedel affirmait également que « la logique et le principe de l'économie des moyens veulent qu'avant de rechercher si le contenu d'un acte juridique est ou non conforme au droit, le juge se demande si l'acte émane d'une autorité compétente et s'il a été pris selon les formes et selon la procédure prescrites »<sup>292</sup>. Plus tardivement, certains ont affirmé que les demandes d'annulation accompagnées d'une demande d'injonction avaient révélé la nécessité d'inverser cet ordre d'examen<sup>293</sup>. D'autres, quant à eux, ont souhaité que le juge priorise, non pas un moyen en fonction de sa cause juridique, mais eu égard à la portée qu'il a en l'espèce. Jean Kahn proposait alors de « retenir [le moyen] qui, ayant la portée la plus générale, est de nature à éclairer davantage l'administration »<sup>294</sup>. Toutefois, cette règle n'est que de bienséance et ne crée pas de sanction dans le cas où elle ne serait pas respectée puisque seul le dispositif, et non les motifs, d'une décision

---

<sup>287</sup> CE, 29 mai 1963, *Maurel*, Lebon 334.

<sup>288</sup> CE, Sect., 21 décembre 2018, *Sté Eden*, n° 409678

<sup>289</sup> KHAN J., Concl. sur CE, Ass., 12 décembre 1969, *Sieur de Talleyrand-Périgord* n° 73969, *AJDA* 1970, II, p. 34.

<sup>290</sup> ODENT R., *Contentieux administratif*, Les Cours de droit, 6e éd., 1977-1981, rééd., Dalloz, 2007, t. 2, p. 577.

<sup>291</sup> CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13e éd., n° 912, p. 800.

<sup>292</sup> Préface de Georges Vedel in CALOGEROPOULOS A., *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs*, thèse, LGDJ, 1983.

<sup>293</sup> Ce que propose et fait D. Chauvaux dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'État du 28 février 2001, *MM. Philippart et Lesage*, (RFD 2001. 390) : « il appartient au juge d'examiner en priorité le moyen qui justifierait la mesure la plus favorable au requérant ». Ainsi le commissaire du gouvernement examina d'abord le moyen tiré d'une erreur de droit dans les motifs de refus de délivrer une autorisation, avant d'examiner le moyen tiré d'une insuffisance de motivation, présageant l'obligation qui « incombe » désormais au juge dans l'ordre d'examen des moyens.

<sup>294</sup> KHAN J., Concl., sur CE, Ass., 12 décembre 1969, *Sieur de Talleyrand-Périgord* n° 73969, *AJDA* 1970, II, p. 34.

juridictionnelle est pris en compte pour apprécier l'intérêt à faire appel ou à se pourvoir en cassation<sup>295</sup>.

Ces hypothèses ne restent que trop aléatoires et ne permettent pas de dégager une théorie analysant un ordre d'examen des moyens exact. D'ailleurs, certains relativisent l'importance de cette problématique ; Jean-Marie Auby et Guillaume Drago écrivaient en ce sens que « dans le domaine de l'excès de pouvoir, le juge choisit souvent le terrain sur lequel il entend prononcer l'annulation, c'est-à-dire que l'ordre d'examen des moyens est sans importance pour le requérant dès le moment où l'acte est annulé »<sup>296</sup>. Pourtant, si la demande du requérant est nécessairement en contentieux de l'excès de pouvoir fondée sur une annulation, il n'est pas exact d'affirmer que l'ordre d'examen des moyens et sans importance pour le requérant. D'ailleurs, ce n'est pas sans importance non plus pour l'Administration voire pour la sécurité juridique entière. L'absence d'ordre d'examen des moyens préétabli conjugué au principe de l'économie de moyen accouche du raisonnement suivant : le juge examine prioritairement, selon sa volonté, un moyen. S'il est fondé, il peut ne pas examiner les autres et prononcer l'annulation alors même qu'un autre moyen invoqué serait à même de parvenir à la même issue. C'est là que se révèle l'importance puisque les obligations de l'administration dans l'exécution de la chose jugée varient selon le motif d'illégalité retenu pour fonder l'annulation en fonction de la « cause juridique » à laquelle appartient le moyen. S'il s'agit d'une illégalité interne, l'administration se trouve dans l'impossibilité d'édicter un nouvel acte au contenu identique. S'il s'agit d'une illégalité externe, l'administration pourra, en principe, selon une procédure régulière, reprendre le même acte. Dès lors, si « le litige a été clos », « le conflit perdu »<sup>297</sup>. La situation peut donc n'être que partiellement satisfaisante pour le requérant, pour l'Administration voire pour le Droit.

Néanmoins, la jurisprudence a laissé une certaine place à la priorité de certains moyens dans des contentieux particuliers. Par exemple, le juge de l'excès de pouvoir saisi d'une requête dirigée contre une décision d'homologation ou de validation du plan de sauvegarde de l'emploi d'une entreprise qui n'est pas en redressement ou en liquidation judiciaire doit, si la requête soulève plusieurs moyens, toujours se prononcer en priorité sur le moyen tiré de l'absence ou de l'insuffisance du plan puisqu'un tel motif d'illégalité entraîne la nullité de la procédure de licenciement et a donc une portée plus grande que tout autre motif d'illégalité<sup>298</sup>. En dehors de cette hypothèse, le juge de l'excès de pouvoir demeurerait libre d'accueillir le motif d'annulation de son choix.

L'ordre d'examen des moyens et le choix du moyen retenu étaient donc à l'entière discrétion du juge. La mise en œuvre de la hiérarchisation prévue par l'arrêt *Société Eden*<sup>299</sup> vient toutefois relativiser le principe selon lequel « le choix du motif d'annulation reste à l'entière discrétion du juge de l'excès de pouvoir »<sup>300</sup>.

---

<sup>295</sup> CE, Sect., 28 janvier 1966, *Société La Purfina française*, n° 60273.

<sup>296</sup> AUBY J.-M. et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 3e éd., 1984, t. 2, n° 1538, p. 609.

<sup>297</sup> CHABANOL D., *Le juge administratif*, LGDJ, 1993, n° 60, p. 91.

<sup>298</sup> CE, 15 mars 2017, *Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social*, n° 387728.

<sup>299</sup> CE, Sect., 21 décembre 2018, *Sté Eden*, préc.

<sup>300</sup> LASRY C. concl. sur CE, sect., 23 mars 1956, *Louis, Lebon* p. 136 ; D. 1957 p. 159.

b- Une priorité éventuellement imposée au juge par le requérant

Pour comprendre la logique de l'arrêt *Société Eden* il nous faut revenir brièvement sur l'injonction. La loi du 8 février 1995<sup>301</sup> a permis au juge administratif d'adresser à l'administration des injonctions alors qu'il s'y interdisait par le passé. Les injonctions (*a priori*) relèvent des articles L. 911-1 et L. 911-2 du code de justice administrative (CJA). L'injonction de l'article L. 911-1 du CJA consiste à ordonner à l'administration de prendre une mesure précise alors que l'injonction prévue à l'article L. 911-2 du CJA consiste seulement à ordonner à l'administration de réexaminer dans un délai déterminé la demande de l'administré.

En créant deux articles distincts, le législateur a entendu répartir de deux façons distinctes les demandes d'injonction. Toutefois, le champ des articles est plus ou moins circonscrit selon le motif retenu par le juge pour annuler la décision. Or, nous savons que le choix du (ou des) motif(s) est, en principe, à l'entière discrétion du juge mais ce choix « n'est toutefois pas indifférent aux parties »<sup>302</sup>. L'étendue de l'autorité de la chose jugée dépend du motif retenu. L'annulation pour un motif de légalité interne permet, à la différence d'un motif de légalité externe, à l'Administration de reprendre le même acte en suivant désormais une procédure régulière. Dès lors, en principe, le motif d'annulation retenu limite plus ou moins la demande d'injonction. Sophie Roussel explique à cet égard qu'« en excès de pouvoir, la ligne de partage entre ces deux hypothèses ne se trouve pas dans le dispositif d'annulation mais dans le motif qui en est le soutien nécessaire, motif de légalité externe impliquant seulement le réexamen de la demande ou motif de légalité interne, seul susceptible de placer l'administration en position de « compétence liée post-juridictionnelle », sous réserve bien entendu que des circonstances postérieures à la décision annulée n'aient pas fait disparaître cette situation de compétence liée »<sup>303</sup>. Sans être aussi tranché, il est vrai que selon le motif retenu l'injonction peut être plus ou moins limitée mais cela dépend des espèces.

Quoi qu'il en soit, le requérant ne peut former appel de la décision qu'à l'égard du dispositif et non des motifs<sup>304</sup>. C'est là que ce révèle l'angle mort juridictionnel révélée par l'injonction. Imaginons qu'un requérant a assorti ses conclusions d'annulation de conclusions accessoires à fin d'injonction fondées, à titre principal, sur l'article L. 911-1 du code de justice administrative et, à titre subsidiaire, sur l'article L. 911-2 du même code. Le juge administratif, après avoir fait droit à sa demande d'annulation en se fondant sur un vice de forme ou de procédure peut n'enjoindre à l'administration qu'un réexamen de sa demande. Dès lors, le justiciable peut être tenté de relever appel de ce jugement en tant qu'il n'a pas fait droit à ses conclusions principales (même s'il a fait droit à ses conclusions subsidiaires). C'est là, le cas d'espèce de la décision *Société Eden*.

---

<sup>301</sup> Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

<sup>302</sup> ROUSSEL S., « Le requérant, le juge et la hiérarchie des demandes », *RFDA* 2019 p. 281.

<sup>303</sup> *Ibid.*

<sup>304</sup> Arrêt *Société La Purfina française* préc.

La doctrine s'était interrogée sur ce point<sup>305</sup>, et avait même proposé quelques pistes de réflexions<sup>306</sup>. En tous les cas, l'évolution était attendue<sup>307</sup>, et c'est par la décision *Société Eden* que fut choisie la solution. Cette décision vient encadrer, partiellement, la liberté du juge dans l'ordre d'examen des moyens et vient prévenir les dérives de l'économie de moyen. Toutefois, le Conseil d'État réaffirme d'abord le principe de l'économie de moyens dans le point 6 et le début du point 8<sup>308</sup>. Les points suivants apportent une nuance à l'économie de moyens.

D'abord, les points 7 et 8 de l'arrêt correspondent au cas dans lequel les conclusions en annulation sont assorties de conclusions à fin d'injonction, sur le fondement de l'article L. 911-1 et de l'article L. 911-2 du code de justice administrative. Le point 7 explique que les conséquences et la portée de la chose jugée diffèrent eu égard à la substance du motif retenu et rappelle la possibilité du requérant de demander une injonction (qui peut désormais se faire d'office<sup>309</sup>). C'est le point 8 qui nous apprend que lorsque le requérant choisit de présenter « des conclusions à fin d'injonction tendant à ce que le juge enjoigne à l'autorité administrative de prendre une décision dans un sens déterminé, il incombe au juge de l'excès de pouvoir d'examiner prioritairement les moyens qui seraient de nature, étant fondés, à justifier le prononcé de l'injonction demandée. Il en va également ainsi lorsque des conclusions à fin d'injonction sont présentées à titre principal sur le fondement de l'article L. 911-1 du code de justice administrative et à titre subsidiaire sur le fondement de l'article L. 911-2 ». L'arrêt *Société Eden* reconnaît alors un bouleversement dans l'examen des moyens de la requête. Le juge, lorsque les requérants ont correctement hiérarchisés, doit d'abord s'interroger sur l'injonction demandée et, le cas échéant, examiner le moyen le plus adéquat pour y parvenir. La présentation de conclusions à fin d'injonction se répercute sur l'examen des moyens qui constituent le fondement des conclusions à fin d'annulation. On assiste alors à un bouleversement de la structure du procès puisque, jusqu'alors, le juge examinait d'abord la légalité de l'acte avant d'interroger les suites à donner à l'annulation. La décision n'est pas incohérente puisque les pouvoirs du juge de l'exécution rétroagissent souvent sur ceux du juge de l'annulation.. Ainsi, lorsqu'il n'y a qu'un seul type d'injonction, l'ordre d'examen est le suivant : moyens susceptibles de provoquer l'accueil de la demande d'injonction puis les autres. Lorsqu'il y a les deux types d'injonction, l'ordre d'examen est le suivant : d'abord les moyens susceptibles de provoquer l'accueil de la demande principale d'injonction, ensuite les moyens susceptibles de provoquer l'accueil de la demande subsidiaire et enfin les autres.

---

<sup>305</sup> STAHL J.-H. et DOMINO X., « Injonctions : le juge administratif face aux réalités », *AJDA* 2011 p. 2226. Les auteurs s'interrogeaient sur « le souci du juge de vider un litige le plus complètement possible doit uniquement constituer un devoir déontologique ou s'il ne devrait pas aussi, au moins en partie, procéder d'une obligation juridique contraignante ».

<sup>306</sup> V. par ex. CHAUVAUX D. et GIRARDOT T.-X., « Précision quant à l'office du juge de l'injonction », *AJDA* 1997 p. 584. Ils proposaient deux solutions : soit imposer au juge de l'excès de pouvoir statuant sur les conclusions principales d'annulation de tenir compte de l'existence de conclusions à fin d'injonction, et renoncer dans une telle configuration à la liberté du juge de choisir de fonder l'annulation sur le moyen qui lui paraît le plus simple ou le plus sûr ; soit s'affranchir de la règle de l'économie des moyens en imposant au juge de désigner l'ensemble des motifs illégaux.

<sup>307</sup> BRÉCHOT F.-X., « Pouvoir d'injonction et économie de moyens : une évolution qui se fait attendre », *AJDA* 2018 p. 398.

<sup>308</sup> Arrêt *Sté Eden* préc., pt. 8 : « Lorsque le juge de l'excès de pouvoir annule une décision administrative alors que plusieurs moyens sont de nature à justifier l'annulation, il lui revient, en principe, de choisir de fonder l'annulation sur le moyen qui lui paraît le mieux à même de régler le litige, au vu de l'ensemble des circonstances de l'affaire ».

<sup>309</sup> Art. 40 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

Ensuite, le point 9 donne la possibilité au requérant, dans le délai de recours, de hiérarchiser ses prétentions en fonction de la cause juridique sur laquelle reposent ses conclusions principales en annulation<sup>310</sup>. Combiné avec l'économie de moyens – qui reste possible – le requérant pourra donc déterminer prioritairement les moyens de sa demande. Dès lors, le juge, en suivant cette hiérarchie, décidera (éventuellement) de l'issue du litige plus près de la volonté des parties qu'autrefois.

Enfin, le point 10 précise que lorsqu'aucun des moyens assortissant la demande principale n'est fondé et que le moyen retenu est un moyen assortissant la demande subsidiaire, le juge n'est obligé de se prononcer que sur ce dernier moyen., Le point 11 détermine quant à lui, de façon complémentaire au point précédent, l'office du juge d'appel en expliquant que « la décision indique que lorsqu'aucun des moyens assortissant la demande principale n'est fondé et que le moyen retenu est un moyen assortissant la demande subsidiaire, le juge n'est obligé de se prononcer que sur ce dernier moyen. L'arrêt traite, enfin, de l'office du juge d'appel. ». Le Conseil d'État a récemment transposé sa jurisprudence *Société Eden* au recours de plein contentieux contre un titre exécutoire<sup>311</sup> et a précisé les conditions d'application de cette décision aux jugements rendus en dernier ressort<sup>312</sup>.

Peut-on voir ici que le juge de l'excès de pouvoir est au service du justiciable<sup>313</sup> ? Nous pouvons en douter. S'il est indéniable que l'excès de pouvoir se démocratise et laisse une place à la volonté du requérant, il n'en reste pas moins que l'arrêt du Conseil d'État n'a fait qu'entrouvrir une porte. Effectivement, la priorisation des moyens par le requérant devra donc être suivie par le juge. Toutefois, l'inconvénient de la jurisprudence se situe dans le recours à la notion de « cause juridique ». Dès lors, le requérant ne hiérarchise pas réellement l'ensemble de ces moyens d'annulation mais seulement la cause juridique c'est-à-dire la légalité interne ou externe<sup>314</sup>. Il était difficilement acceptable que le juge de l'excès de pouvoir privilégie la notion de moyen puisque c'est une atteinte « plus profonde »<sup>315</sup> qui aurait été causée à ces pouvoirs inquisitoriaux.

Quoi qu'il en soit, la liberté du juge face à la priorité d'examen des moyens s'est trouvée (relativement) encadrée car s'est renforcée la volonté selon laquelle la « hiérarchisation [des moyens] doit être laissée à l'entière discrétion des demandeurs »<sup>316</sup>. Cadre général de la priorité d'examen de tous les moyens posé, qu'en est-il des moyens d'ordre public ? La réponse est commune à tous les moyens, même ceux qualifiés « d'ordre public ». Il n'existe en effet aucune règle prédéterminée ou établie pour prioriser l'examen des moyens d'ordre public. L'arrêt *Société Eden* n'apporte aucune réponse à la question. Néanmoins, il faut le souligner, l'arrêt *Société Eden* peut largement intéresser les moyens d'ordre public. Effectivement, le requérant pourra privilégier

---

<sup>310</sup> Arrêt *Sté Eden* préc., pt 9 : « De même, lorsque le requérant choisit de hiérarchiser, avant l'expiration du délai de recours, les prétentions qu'il soumet au juge de l'excès de pouvoir en fonction de la cause juridique sur laquelle reposent, à titre principal, ses conclusions à fin d'annulation, il incombe au juge de l'excès de pouvoir de statuer en respectant cette hiérarchisation, c'est-à-dire en examinant prioritairement les moyens qui se rattachent à la cause juridique correspondant à la demande principale du requérant ».

<sup>311</sup> CE, 5 avril 2019, *Société Mandataires judiciaires associés, mandataire liquidateur de la société Centre d'exportation du livre français*, n° 413712.

<sup>312</sup> CE, 5 avril 2019, *M. B... et autres*, n° 420608 : « lorsque le tribunal administratif statue en dernier ressort, le requérant est recevable à se pourvoir en cassation contre le jugement en tant qu'il n'a pas fait droit à sa demande principale. Il appartient alors au juge de cassation de se prononcer sur les moyens, soulevés devant lui, qui contestent les motifs, même implicites, du jugement en ce qu'il a refusé de faire droit à la demande principale ».

<sup>313</sup> FAURE Y. et MALVERTI C., « Le juge de l'excès de pouvoir au service du justiciable », *AJDA* 2019 p.271.

<sup>314</sup> CE, Ass., 15 juillet 1954, *Société des aciéries et forges Saint François*, n° 4190.

<sup>315</sup> FAURE Y. et MALVERTI C., *op. cit.*, p. 271.

<sup>316</sup> ROUSSEL S., *op. cit.* p. 281.

L'examen de la cause juridique dans laquelle n'existe pas, en l'espèce, de moyen d'ordre public. Le juge devra en tous les cas le relever d'office. Par exemple, imaginons qu'un requérant soulève des moyens de légalité externe (par exemple un vice de procédure et l'incompétence de l'auteur de l'acte) et interne (violation de la règle de droit et détournement de pouvoir). On sait que le vice de procédure aura sans doute plus de difficulté à permettre l'annulation de l'acte litigieux<sup>317</sup> que la violation directe de la règle de droit. Dans la même configuration, l'incompétence de l'auteur de l'acte aura plus de chance de parvenir à l'annulation de l'acte litigieux. Que faire ? N'oublions pas que l'incompétence en tant que moyen de légalité externe ne remet pas en cause la substance de l'acte. Dès lors, le requérant peut assurer une stratégie contentieuse qui consisterait à prioriser les moyens de légalité interne et « subsidiariser » les moyens de légalité externe. Si le détournement de pouvoir et la violation directe de la loi ne sont guère retenus, l'incompétence est dans tous les cas relevée d'office et donc sera examinée aussi. Nous pensons alors que le juge examinera le vice de procédure en dernier. On peut alors imaginer une certaine priorisation des moyens d'ordre public. Mais l'hypothèse ne peut être vérifiée.

La théorie n'apporte aucune réponse à la question si ce n'est qu'un justiciable pourra prioriser la cause juridique dont le moyen d'ordre public relève. Pourtant on peut s'interroger : la gravité de l'illégalité que le justiciable soulève fait-elle, à l'instar de la QPC, que les moyens d'ordre public doivent être examinés prioritairement ? L'absence de règle théorique demande alors une observation d'une éventuelle priorisation pragmatique.

## ***2- Une priorisation pragmatique d'examen des moyens d'ordre public ?***

Il est possible de déterminer que certains moyens d'ordre public sont examinés avant les autres. La réponse se trouve dans la « raisonnement DINIF ». Effectivement, les moyens d'ordre public relatifs à l'incompétence de la juridiction ou à l'irrecevabilité de la requête sont examinés avant ceux qui touchent à l'acte. Toutefois, il semble nécessaire de s'interroger sur la priorisation éventuelle des moyens d'ordre public soulevés à l'encontre de l'acte litigieux.

La question est légitime. La gravité des illégalités soulevées par ces moyens est considérée comme particulièrement grave et nécessite un régime juridique singulier. On peut identifier deux hypothèses qui démontrent que le juge priorise, implicitement, l'examen des moyens d'ordre public. La première est d'ordre logique. Il est permis de penser que lorsqu'un requérant soulève un moyen d'ordre public et *a fortiori* lorsque c'est le juge qui y procède, la gravité du moyen est mise en avant. Voilà même, une illégalité présumée grave. Du fait de cette gravité, combiné avec le principe d'économie de moyen, il semble permis de songer au fait que le juge examinera en premier ce moyen dans la mesure où il est très probable qu'il entraîne l'annulation de la décision (qui fonde, nous le rappelons, la demande). C'est alors la gravité de l'illégalité, et consubstantiellement ses chances d'obtenir l'annulation, qui induirait que le juge priorise l'examen des moyens d'ordre public. Néanmoins, là encore, c'est le secret des pouvoirs inquisitoriaux du juge combiné à sa liberté qui empêchent de vérifier l'hypothèse.

Plus concrète est la seconde hypothèse. Lorsque le juge recourt à l'économie de moyen, sa mise en œuvre est révélée par la formule « sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la

---

<sup>317</sup> V. infra p. 87 et s.

requête »<sup>318</sup>. Lorsque c'est sur le fondement d'un moyen d'ordre public soulevé d'office que le juge statue sur le recours, la formule devient « sans qu'il soit besoin d'examiner les moyens de la requête »<sup>319</sup>. Un verbe change et tout est bousculé ? Nous pouvons le penser. Effectivement, l'emploi du verbe « statuer » traduit le fait de « rendre (en la forme), une décision de justice »<sup>320</sup> alors qu'examiner désigne « l'action de considérer, d'étudier une question de droit ou de fait »<sup>321</sup>. Dès lors, examiner relève plus de l'étude du moyen alors que statuer traduit que l'examen est passé et que le juge a déjà pris sa décision. Ainsi, « sans qu'il soit besoin d'examiner les moyens de la requête » pourrait traduire implicitement que seul le moyen d'ordre public a été examiné, avant tous les autres. Nous pouvons légitimement penser, donc, que les moyens d'ordre public font l'objet d'une priorité d'examen, certes non contraignante et implicite, par rapport aux autres moyens. En somme, les moyens d'ordre public, grâce à leur gravité, font l'objet d'un traitement très favorable en ce qu'ils se détachent des règles contentieuses liées à l'invocation des moyens et à une éventuelle priorité d'examen. L'incompétence de l'auteur de l'acte se voit attribuée le régime commun à tous les moyens d'ordre public. Étant également un cas d'ouverture du recours de pouvoir, elle fait l'objet d'un traitement spécial par rapport aux autres cas d'ouverture et amène quelques propos supplémentaires à son égard.

## § 2 : LE RÉGIME SPÉCIAL DE L'INCOMPÉTENCE DE L'AUTEUR DE L'ACTE RÉVÉLÉ PAR L'INDÉPENDANCE DE LA NATURE DE L'ILLÉGALITÉ

L'incompétence de l'auteur de l'acte a été qualifiée de moyen d'ordre public<sup>322</sup> qu'il s'agisse de l'incompétence matérielle, temporelle ou territoriale. Rappelons qu'elle peut, en conséquence, être soulevée à tout moment de la procédure sans que les parties se voient opposer la règle excluant les demandes nouvelles<sup>323</sup>. En d'autres termes, l'incompétence échappe à la jurisprudence *Société Intercopie*<sup>324</sup> puisque même rattachée à la légalité externe, et sans que le justiciable n'est invoqué un des moyens de légalité externe, l'incompétence pourra être soulevée soit par lui soit par le juge. L'incompétence, en tant que moyen d'ordre public, mais aussi en tant que cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, détient un régime juridique original. Cette singularité est révélée par l'indépendance de la nature de l'illégalité d'incompétence. Effectivement, elle est, en théorie, rattachée à la légalité externe (A). Pourtant, en pratique elle semble assimilée à la légalité interne (B). Elle se détache toutefois de cette dernière en tant que moyen d'ordre public.

---

<sup>318</sup> v. par ex. CE, Sect., 27 septembre 2006, *Société Janfin*, n° 260050.

<sup>319</sup> v. par ex. CE, 4 avril 1997, *Marchal*, n° 177987.

<sup>320</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, ed. 2011 p. 979.

<sup>321</sup> *Ibid.* p. 423.

<sup>322</sup> CE, 10 février 1956, *Thorame*, T. 733.

<sup>323</sup> CE, Sect., 11 mai 1956, *Société française des transports Gondrand frères*, Lebon 202.

<sup>324</sup> CE, Sect., 20 février 1953, *Société Intercopie*, n° 9772.

## A- Une assimilation théorique à la légalité externe

L'incompétence relève de la légalité externe et ce rattachement paraît cohérent (2) même si l'intérêt des classifications des moyens dans les causes juridiques peut être discuté voire critiqué<sup>325</sup>. De surcroît, c'est l'autonomisation de l'incompétence avec les illégalités internes qui permet de constater son rattachement à la légalité externe (1).

### 1- Une distinction progressivement établie entre l'incompétence et les illégalités internes

Il est vrai qu'il a pu être difficile d'identifier clairement une illégalité pour la ranger dans un des cas d'ouverture. Raphaël d'Alibert s'interrogeait sur le fait de savoir si toute illégalité ne constituait pas une forme d'incompétence – notamment pour lui, en ce qui concerne le détournement de pouvoir<sup>326</sup>. Maurice Hauriou se posait la même question à propos de la violation de la loi<sup>327</sup>. Certains la qualifieront d'ailleurs de catégorie « fourre-tout »<sup>328</sup>.

Pourtant, on peut remarquer que la jurisprudence s'est peu à peu efforcée de distinguer les illégalités qui relevaient de l'incompétence et de la légalité interne (qu'il s'agisse des erreurs de droit ou de fait, de la violation de la règle de droit ou du détournement de pouvoir). Ce fut notamment le cas, et encore aujourd'hui, pour l'incompétence négative, même s'il semble que la jurisprudence administrative soit désormais plus attachée à les séparer<sup>329</sup>. On peut également faire une distinction entre l'incompétence matérielle et l'erreur de droit. L'erreur de droit représente l'hypothèse dans laquelle l'autorité administrative qui statue intervient en méconnaissance du champ matériel de sa compétence. Lorsqu'il y a incompétence matérielle, l'Administration excède son pouvoir et l'autorité administrative intervient dans un domaine qui lui est étranger.

Les limites de l'incompétence en cette matière se rencontrent assez vite : il pourra y avoir détournement de pouvoir et non incompétence lorsque l'intervention dans un litige d'ordre privé se déguisera derrière l'exercice de mauvaise foi de pouvoirs légaux de l'Administration<sup>330</sup>. Il pourra y avoir erreur de droit lorsque l'empiétement se fera de bonne foi. Ainsi un décret de dissolution du conseil municipal ne peut être fondé sur la circonstance que les conditions de son élection ne lui donnent pas l'autorité nécessaire pour exercer ses fonctions, problème qu'il n'appartient qu'au juge de l'élection de trancher<sup>331</sup>. Enfin, il y aura également détournement de pouvoir dans certains cas où l'Administration mettra obstacle à l'exécution d'une décision juridictionnelle ou violation de la règle de droit lorsqu'elle méconnaîtra la portée de l'autorité de la chose jugée.

Ce put être également le cas avec le détournement de pouvoir. La jurisprudence identifie le détournement de pouvoir depuis longtemps. C'est par exemple, la fermeture par un maire d'un

<sup>325</sup> v. ROBBE J., « De l'intérêt (relatif) de la distinction entre légalité externe et légalité interne », *RFDA* 2018 p. 85.

<sup>326</sup> ALIBERT R., *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, 1926, Payot, p. 236.

<sup>327</sup> V. en ce sens HAURIOU M., note sous CE, 4 avril 1914, *Gomel*, S. 1917. III. 25, « bientôt, si cela continue, le recours pour excès de pouvoir devra changer de nom et s'appeler le recours pour violation de la loi ou pour contrôle de la légalité, car toutes les variétés de l'excès de pouvoir, l'incompétence, la violation des formes, le détournement de pouvoir lui-même, auront été ramenées à des variétés de violation de la loi ».

<sup>328</sup> V. VEDEL G. et DELVOLVÉ P., *Droit administratif*, t. 2, 12e éd., 1992, PUF, p. 312.

<sup>329</sup> V. supra p. 52 et s.

<sup>330</sup> V. par ex. le cas d'une réquisition d'un local pour le mettre à la disposition d'une personne en litige avec le propriétaire, CE, 8 novembre 1944, *Consorts Auger*, Rec., p. 285 ; CE, 26 décembre 1945, *Frêne*, Rec., p. 271.

<sup>331</sup> CE, 31 janvier 1902, *Grazzetti*, S. 1903.3.113.



établissement de danse afin qu'il ne fasse plus concurrence à son débit de boisson<sup>332</sup> ou l'exercice des pouvoirs de police du préfet pour officiellement fermer un lieu pour des considérations de sécurité mais qui en réalité était animée par des considérations financières<sup>333</sup>. Maurice Hauriou le définit alors comme « le fait d'une autorité administrative qui, tout en accomplissant un acte de sa compétence, tout en observant les formalités prescrites, tout en ne commettant aucune violation formelle de la loi, use de son pouvoir pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été conféré, c'est-à-dire autres que la sauvegarde de l'intérêt général et le bien du service »<sup>334</sup>. Le détournement de procédure, quant à lui, s'identifie difficilement en ce qu'il était lié aux vices de forme et de procédure ou à l'erreur de droit, voire au détournement de pouvoir<sup>335</sup>.

En ce qui concerne la violation de la règle de droit et l'incompétence, les liens ont pu être ténus en ce qui concerne l'incompétence temporelle. L'incompétence temporelle peut être retenue lorsque l'autorité administrative prend une décision rétroactive. La jurisprudence a sur ce point été constante et a même érigé en principe général du droit la non-rétroactivité des actes administratifs<sup>336</sup>. Toutefois, les arrêts n'évoquent plus l'incompétence, utilisant plutôt l'expression d'acte « entaché d'une rétroactivité illégale »<sup>337</sup> ou indiquant que : « le principe général de non-rétroactivité des lois et règlements fait (ou non) obstacle à l'application immédiate » d'un texte<sup>338</sup>. L'incompétence *ratione temporis* est donc diluée dans la violation directe de la règle de droit.

Nuançons toutefois nos propos en affirmant qu'il existe encore des liens entre les illégalités et donc des imperfections persistantes pour classer telle illégalité dans tel cas d'ouverture. La jurisprudence a toutefois semblé vouloir identifier plus clairement une différenciation entre l'incompétence et la légalité interne. De plus, si l'on prend en compte la nature même de l'incompétence on voit que le rattachement à la légalité externe est tout à fait cohérent.

## 2- *Un rattachement cohérent à la légalité externe*

Il est possible de décomposer l'acte administratif unilatéral (comme le contrat d'ailleurs) en deux parties distinctes. A l'instar de Jérôme Bonnard qui usait de cette décomposition pour classer les cas d'ouverture<sup>339</sup>, on peut distinguer l'*instrumentum* du *negotium*. Le premier est un « terme latin signifiant « document », « pièce », utilisé pour désigner dans un acte juridique l'écrit qui le constate »<sup>340</sup> par opposition au second « signifiant « occupation », « affaire », utilisé pour désigner, dans l'acte juridique, l'opération en laquelle il consiste »<sup>341</sup>. Plus grossièrement, nous pouvons affirmer que l'*instrumentum* représente le « contenant » de l'acte et le *negotium* son « contenu ». Dès

---

<sup>332</sup> CE, 14 mars 1934, *Delle Rault*, Rec. p. 337.

<sup>333</sup> CE, 26 novembre 1875, *Pariset*, Rec. p. 934.

<sup>334</sup> HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, 11e éd., 1927, Sirey, p. 419.

<sup>335</sup> v. par ex. René Chapus précise à cet égard : « ou bien l'autorité administrative a cru, à tort mais de bonne foi, qu'elle était en droit de mettre en œuvre la procédure qu'elle a choisie et sa décision est entachée d'erreur de droit ; ou bien, elle a voulu, grâce à la procédure choisie, se soustraire à ces contraintes auxquelles l'exposait la procédure qu'elle savait être la seule adéquate, et il y a détournement de pouvoir » (*Droit administratif général*, t. I, 2001, 15e éd., Montchrestien., n° 1245).

<sup>336</sup> CE, 25 juin 1948, *Société du journal l'Aurore*, n° 94511.

<sup>337</sup> V. par ex. CE, Ass., 8 juin 1979, *Confédération générale des planteurs de betteraves*, n° 04188 ; CE, sect., 9 novembre 1979, *Union nationale des commerces de gros de fruits et légumes*, n° 09083.

<sup>338</sup> CE, Sect., 19 décembre 1980, *Réveillod*, n° 12387.

<sup>339</sup> BONNARD J., *Précis de droit administratif*, 4e éd., 1943, LGDJ, p. 97

<sup>340</sup> CORNU G., *op. cit.*, p. 555.

<sup>341</sup> *Ibid.* p. 677.

lors, la légalité interne représenterait l'*instrumentum* en ce qu'elle est extérieure à l'acte et le *negotium* la légalité interne puisqu'elle concerne son contenu.

En détachant l'illégalité d'incompétence des illégalités de fond, le juge a entendu rappeler la nature de l'incompétence qui est extérieure à l'acte proprement dit. Il est vrai qu'elle vient toucher la substance de l'acte tant l'illégalité d'incompétence est considérée comme grave, mais elle est extérieure à sa substance comme les vices de procédure ou de forme. Dès lors, le rattachement de l'incompétence à la légalité externe paraissait évident mais surtout, cohérent (du moins pour cette raison). D'ailleurs, c'est dans les conséquences d'une annulation pour incompétence qu'il est possible d'ancrer la thèse selon laquelle l'incompétence est extérieure à l'acte. Lorsque le juge sanctionne l'incompétence de l'auteur de l'acte et qu'il en prononce l'annulation, l'acte ainsi annulé n'est pas atteint dans sa substance. Dès lors, l'Administration pourra prendre le même acte, sans en modifier la substance, mais en s'assurant que l'autorité administrative qui le prendra sera compétente pour le faire.

De ce fait, le caractère extérieur à l'acte de ces vices a parfois donné lieu à des politiques jurisprudentielles particulières. L'incompétence de l'auteur de l'acte étant un moyen d'ordre public, à la différence du vice de procédure, le Conseil d'État a parfois choisi d'assimiler certains vices de procédure à l'incompétence afin de pouvoir, le cas échéant, les relever d'office<sup>342</sup> ou sur proposition<sup>343</sup>. Il en était d'ailleurs de même en matière de consultation obligatoire du Conseil d'État. Les arrêts soulignaient d'abord que la violation des exigences de sa consultation portait atteinte à « la compétence que le Conseil d'État exerce conjointement avec le gouvernement »<sup>344</sup> et assimilait le Conseil d'État en co-auteur de l'acte. Il lui était alors loisible de relever d'office le non-respect de l'obligation de solliciter son avis<sup>345</sup>. Dans la prise en compte du procès équitable, la Haute juridiction a ensuite renoncé à s'assimiler en tant que co-auteur des décrets pris en Conseil d'État<sup>346</sup>. Enfin, la méconnaissance de consultation obligatoire du Conseil d'État s'est tournée vers la qualification de vice de procédure<sup>347</sup>. Néanmoins, en maintenant son caractère de moyen d'ordre public du moyen tiré de son absence de consultation quand elle était obligatoire, il n'est plus présenté comme un vice d'incompétence, ni même comme un vice de procédure<sup>348</sup>. D'ailleurs, le Conseil d'État affirme que c'est bien une illégalité<sup>349</sup> et non une irrégularité, terme qu'il emploie plus aisément lorsqu'il s'agit de vices ayant trait à la procédure ou à la forme. L'incompétence

---

<sup>342</sup> v. par ex. lorsqu'une autorité administrative ne peut agir que sur avis conforme d'un organe consultatif : CE, 29 janvier 1969, *Dame veuve Chanebout*, n° 66080.

<sup>343</sup> CE, 30 juillet 1997, *Confédération nationale de la production française des vins doux naturels d'appellation d'origine contrôlée*, n° 147826.

<sup>344</sup> CE, Ass., 9 juin 1978, *SCI du boulevard Arago*, n° 02.403 ; CE, 16 novembre 1979, *Syndicat national de l'éducation physique*, n° 08787.

<sup>345</sup> CE, 23 janvier 1953, *Courajoux*, Lebon 31. – CE, Ass., 9 juin 1978, *SCI du boulevard Arago*, n° 02.403. – CE, 4 avril 1997, *Marchal*, n° 177987 ; CE, Ass., 3 juillet 1998, *Syndicat national de l'environnement CFDT et autres*, n° 177248, 177320 et 177387.

<sup>346</sup> CE, 11 juillet 2007, *Union syndicale des magistrats administratifs*, n° 302040 ; Le juge administratif explique que « le Conseil d'État, (...) n'est pas l'auteur du décret attaqué ».

<sup>347</sup> CE, 28 décembre 2009, *Syndicat de la magistrature*, n° 312314.

<sup>348</sup> CE, 17 juillet 2013, *Syndicat national des professionnels de santé au travail et autres*, n° 358109.

<sup>349</sup> CE, 17 juillet 2013, *Syndicat national des professionnels de santé au travail et autres*, cons. 3 : « qu'en égard au rôle ainsi dévolu au Conseil d'État, le défaut de saisine de ce dernier entraîne l'illégalité des actes administratifs dont le projet devait lui être obligatoirement soumis ; que cette illégalité constitue un moyen d'ordre public que le juge administratif doit, le cas échéant, soulever d'office ».

appartient bien, en théorie, à la légalité externe. Toutefois, son régime se rapproche des illégalités externes.

## **B- Une assimilation pragmatique à la légalité interne**

En cohérence avec le degré de gravité qui lui est accordé, l'incompétence a toujours été mise à l'écart des limitations progressives qu'ont pu connaître les vices de légalité externe (1). De surcroît, comme les illégalités internes, l'incompétence ne connaît qu'une tolérance exceptionnelle (2).

### ***1- L'exclusion de l'incompétence des limitations spécifiques aux vices de légalité externe***

La stabilisation des actes administratifs unilatéraux a eu tendance à se diriger plus aisément vers les vices de légalité externe qui sont considérés comme moins graves que les illégalités internes. Si l'on suit la classification à l'intérieur des causes juridiques, cela devrait nous amener à constater que l'incompétence a suivi les mêmes limitations. Or, il n'en est rien. Cela révèle un éclatement (relatif) de la légalité externe.

L'un des exemples les plus frappants se trouve dans le code de l'urbanisme à l'article L. 600-1 qui fut intégré par la loi du 9 février 1994<sup>350</sup>. Cet article a pour objet de limiter l'invocation, par voie d'exception, des vices de forme ou de procédure de certains actes d'urbanisme à 6 mois à compter de la prise d'effet du document en cause. L'incompétence, toujours extérieure à l'acte et classée à l'intérieur de la légalité externe, se voit pourtant exclue d'une telle règle. Pourquoi ? Parce que l'illégalité d'incompétence doit faire l'objet de dérogation eu égard à sa gravité. Le Conseil d'État dans sa jurisprudence *CFDT Finances*<sup>351</sup>, a dépassé sur deux points la règle imposée par l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme. D'une part, elle a dépassé la matière puisque la règle de la restriction de l'invocation des moyens soulevant un vice de forme ou de procédure par voie d'exception s'applique désormais à tout le contentieux de l'excès de pouvoir. D'autre part, parce que l'arrêt *CFDT Finances* ne limite pas à un délai déterminé l'invocation de tels moyens par voie d'exception, mais à l'inverse, en prononce l'anéantissement. En précisant la possibilité pour le justiciable d'exercer un recours par voie d'exception contre un acte administratif après l'expiration du délai de recours ou par le biais d'une demande d'annulation d'un refus d'abrogation, la Haute juridiction administrative exclut de cette hypothèse les moyens tirés d'un vice de procédure ou de forme. Elle prend le soin d'exclure le moyen tiré de la compétence en précisant que « si, dans le cadre de ces deux contestations (...) la compétence de son auteur et l'existence d'un détournement de pouvoir peuvent être utilement critiquées, il n'en va pas de même des conditions d'édiction de cet acte, les vices de forme et de procédure dont il serait entaché ne pouvant être utilement invoqués que dans le cadre du recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'acte réglementaire lui-même et introduit avant l'expiration du délai de recours contentieux ».

C'est là qu'on peut remarquer un certain éclatement des moyens classés dans la légalité externe. Aurélie Bretonneau trouve à cette exclusion une justification, à notre sens erroné. Elle indique, dans ses conclusions sur l'arrêt *CFDT Finances*, qu'« il existe une différence de nature entre l'incompétence, réputée mère de tous les vices parce qu'elle touche à la condition même de

---

<sup>350</sup> Loi n° 94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction.

<sup>351</sup> CE, Sect., 21 décembre 2018, *Sté Eden*, n° 409678.

possibilité d'édiction de l'acte, et l'irrégularité formelle ou de procédure, relative aux seules conditions d'élaboration d'un acte que son auteur avait le pouvoir d'édicter »<sup>352</sup>. Cependant, il n'y a aucune différence de nature entre l'incompétence et les autres vices de légalité externe car qu'il s'agisse du vice de forme, de procédure ou de l'incompétence, ils sont tous les trois des composantes de l'*instrumentum* de l'acte. Dès lors, l'annulation à raison d'une de ces illégalités emporte les mêmes conséquences. Il existe donc une différence de gravité que le juge a souhaité reconnaître à l'incompétence et non aux autres (ce qui souligne d'ailleurs que la nature n'est pas un critère pertinent à la hiérarchie des vices). C'est donc, non pas la nature de l'incompétence qui différencie cette illégalité des autres vices de légalité externe, mais bien sa gravité.

La même exclusion avait déjà été entreprise par le Conseil d'État dans son arrêt *Danthony*<sup>353</sup>. Effectivement, le Conseil d'État indique que « s'agissant des irrégularités commises lors de la consultation d'un organisme, une règle qui s'inspire du principe selon lequel, si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie ; que l'application de ce principe n'est pas exclue en cas d'omission d'une procédure obligatoire, à condition qu'une telle omission n'ait pas pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte ». La Haute juridiction administrative a ainsi exclu l'incompétence du mécanisme de la « Danthonisation » alors même que l'article 7 de la loi du 17 mai 2011 ne le prévoyait pas explicitement<sup>354</sup>. Cette exclusion est en réalité, chaque fois réitérée dès qu'un mécanisme ne vise à s'appliquer qu'aux vices de forme et de procédure<sup>355</sup>. L'incompétence, si elle se rattache bien, en théorie à la légalité externe, se voit appliquer un régime distinct de celui que peuvent se voir attribuer les vices de forme et de procédure. Elle se rapproche alors du régime des illégalités internes en ce que ces dernières ne se voient pas appliquer de telles limitations. Toutefois, elle s'en distingue aussi par le fait qu'elle constitue un moyen d'ordre public. Elle est donc un vice « super privilégié ». Ce traitement juridictionnel très favorable n'est pourtant pas sans faille. Il existe des hypothèses dans lesquelles le juge a été amené à tolérer l'illégalité d'incompétence. Toutefois, preuve de sa gravité, cette tolérance ne reste qu'exceptionnelle.

---

<sup>352</sup> BRETONNEAU A. concl. sur CE Ass. 18 mai 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, n° 414583.

<sup>353</sup> CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n° 335033.

<sup>354</sup> Art. 70 loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit : « Lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision ».

<sup>355</sup> V. par ex. s'agissant de la possibilité de régularisation : CE, Sect., 1er juillet 2016, commune d'Émerainville, n° 363047 : cons. 15 « Lorsque, après avoir pris une décision attribuant une subvention, l'administration constate que sa décision est entachée d'une irrégularité de forme ou de procédure, elle dispose de la faculté de régulariser le versement de cette subvention ».

## 2- Une tolérance exceptionnelle de l'illégalité d'incompétence

La tolérance de l'illégalité d'incompétence se familiarise également des limitations connues des illégalités internes. D'une part, parce qu'il n'existe qu'un seul mécanisme visant à tolérer exceptionnellement et spécifiquement l'illégalité d'incompétence. La tolérance est donc exceptionnellement spécifique à l'incompétence. D'autre part, parce qu'il peut y avoir une tolérance générale à toutes les illégalités.

S'agissant de la limitation spécifique à l'incompétence, il s'agit d'une théorie jurisprudentielle ; celle du fonctionnaire de fait. Il s'agit d'un mécanisme contentieux, forgé par le juge<sup>356</sup>, destiné à corriger les effets perturbateurs d'une annulation. Elle concerne le cas de l'annulation de la nomination d'un fonctionnaire. En principe, les actes pris par cet agent sont illégaux puisqu'adoptés par une autorité qu'il faut rétroactivement tenir pour incompétente. Ils devraient dès lors se voir annulés. C'est cet effet normal de la rétroactivité de l'annulation de la décision de nomination que la règle du fonctionnaire de fait met en échec. Un arrêt plus récent réaffirme le principe selon lequel « un fonctionnaire irrégulièrement nommé aux fonctions qu'il occupe doit être regardé comme légalement investi de ces fonctions tant que sa nomination n'a pas été annulée »<sup>357</sup>. C'est bien la théorie des apparences qui est ici mobilisée et qui exprime l'expression *error communis facit jus*. Autrement dit, lorsqu'un tiers a accompli un acte avec une personne qui n'avait pas le droit ou le pouvoir de l'accomplir, l'apparence peut permettre d'admettre la validité de l'acte. Ici, la théorie explique que lorsque des actes ont été pris par un agent irrégulièrement nommé, ils ne font pas l'objet d'une immunité juridictionnelle. Simplement, ils ne pourront pas être contestés par le moyen tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte. Ce n'est qu'à compter de l'annulation de la décision de nomination que les actes de l'agent pourront être annulés en raison de son incompétence<sup>358</sup>. Ce mécanisme permet d'éviter le caractère rétroactif de l'annulation qui peut emporter des effets « parfois trop radicaux »<sup>359</sup> comme l'illustre l'arrêt *Rodière*<sup>360</sup>.

S'agissant des limitations générales à tous les moyens<sup>361</sup>, on peut d'abord donner pour illustration la régularisation en droit de l'urbanisme qui ne semble pas s'appliquer à des moyens particuliers<sup>362</sup>. C'est, ensuite, évidemment le cas si une validation législative intervient pour couvrir l'illégalité d'incompétence, interdisant alors au juge administratif de pouvoir contrôler l'acte. De plus, l'incompétence constitue parfois un moyen inopérant, à l'instar des autres moyens, dans l'hypothèse où l'administration est en situation de compétence liée. C'est ce qu'avait clairement affirmé le Conseil d'État en précisant « qu'à cette dernière date, l'autorité administrative était tenue de rejeter la demande de permis de construire présentée par le requérant comme contraire au programme d'aménagement de la ville ; que, dès lors, le moyen du requérant relatif à l'incompétence

---

<sup>356</sup> v. TC, 21 juillet 1876, *Ducatel c. Véron*, Rec., p. 702 ; Cass. civ. 7 août 1883, DP 1883.2 49, dans la célèbre affaire des mariages de Montrouge ; CE, Ass., 2 novembre 1923, *Assoc. des fonctionnaires de l'administration centrale des PTT*, Leb. p. 699.

<sup>357</sup> CE, Sect., 16 mai 2001, *Préfet de police*, n°231717.

<sup>358</sup> CE, 13 mars 1968, *Election du maire et de l'adjoint de Talasani*, n° 72329.

<sup>359</sup> SEILLER B. et GUYOMAR M., *op.cit.*, n° 903.

<sup>360</sup> CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, n° 88369: le Conseil d'État tire toutes les conséquences du caractère rétroactif de l'annulation contentieuse en jugeant que l'annulation d'un tableau d'avancement dans un corps de fonctionnaires implique que l'administration reconstitue rétroactivement la carrière des intéressés comme si le tableau annulé n'avait jamais existé).

<sup>361</sup> V. infra p. 106 et s.

<sup>362</sup> v. par ex. art. L. 600-5, art. L. 600-5-1 et L. 600-9 du code de l'urbanisme.

du maire est inopérant »<sup>363</sup>. Enfin, c'est dans des situations exceptionnelles qu'il est possible de relativiser l'incompétence. Que ce soit par des textes (qui instaurent l'état d'urgence<sup>364</sup> ou l'état de siège<sup>365</sup> voire l'exercice des « pleins pouvoirs » de l'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958) ou par la jurisprudence. En ce qui concerne la jurisprudence, c'est la théorie des circonstances exceptionnelles qui permet la neutralisation de l'illégalité d'incompétence. L'effet est parfois d'étendre la compétence des autorités administratives au-delà de leur champ traditionnel<sup>366</sup>. La gravité de l'illégalité commise doit être proportionnelle au degré du caractère exceptionnel des circonstances. La gravité de l'incompétence étant particulièrement importante, sa tolérance ne doit donc être qu'exceptionnelle. Ainsi, les événements de mai-juin 1968 n'ont pas été considérés comme autorisant une violation de l'ordre des compétences. Le ministre de l'Éducation nationale n'avait donc pas le droit d'intervenir dans une matière où un décret était nécessaire<sup>367</sup>. Ces limitations sont applicables à tous les moyens quels qu'ils soient et démontrent que l'incompétence dont la tolérance est exceptionnelle, n'est pas sans faille.

Toutefois, la gravité de l'incompétence de l'auteur révèle son caractère doublement dérogatoire. D'une part, en ce qui concerne la nature à laquelle elle appartient, puisqu'elle est exclue du régime défavorable des autres moyens de légalité externe et qu'elle est assimilée à la cause juridique à laquelle elle n'appartient pas (elle est similaire dans le régime favorable des illégalités internes). D'autre part, la dérogation concerne les règles procédurales attraites à tous les moyens et donc, transcende *in fine* le tout par sa qualification d'ordre public. L'incompétence de l'auteur de l'acte bénéficie ainsi d'un régime privilégié au stade de l'examen de l'illégalité. Toutefois, au stade de la sanction, cette illégalité considérée comme particulièrement grave voit sa gravité se confondre (partiellement) avec celle des illégalités de forme et de procédure<sup>368</sup>. Elle connaît alors une certaine graduation de sa gravité. Il n'en reste pas moins qu'au stade de l'examen, l'incompétence de l'auteur de l'acte reste une illégalité particulièrement grave justifiant un régime privilégié.

\* \* \*

La question prioritaire de constitutionnalité, les moyens d'ordre public – dont, *a fortiori*, l'incompétence de l'auteur de l'acte – peuvent être hissés au sommet de la pyramide des vices eu égard à leur gravité. Pourquoi ces illégalités sont-elles placées au sommet ? Parce que le droit leur a forgé une présomption de gravité. Consubstantiellement, et fidèle à notre définition d'une illégalité, affirmons sans trembler que ces vices ne sont qu'illégalité. Autrement dit, à la présomption de gravité se lie celle de la qualification d'illégalité. Cette présomption se justifie par le lien – plus ou moins étroit – avec la notion de compétence. Comment ces illégalités sont-elles placées au sommet ? Par la reconnaissance d'un régime singulier qu'il n'est pas difficile de qualifier de privilégié par rapport aux autres moyens. Ce régime juridique ancre la distinction de gravité entre les illégalités : alors que certaines sont présumées graves d'autres non. La légalité externe, mise à part l'incompétence, offre ainsi la vision d'une graduation entre le vice qui peut devenir illégalité et celui qui ne le sera jamais. La légalité interne quant à elle, considérée d'emblée comme plus grave,

---

<sup>363</sup> CE, 2 octobre 1970, *Gaillard*, n° 76124.

<sup>364</sup> Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

<sup>365</sup> Art. 36 de la Constitution du 4 octobre 1958.

<sup>366</sup> CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, n° 61593.

<sup>367</sup> CE, Ass., 12 juillet 1969, *Chambre de commerce et d'industrie de Saint-Étienne*, n° 76089.

<sup>368</sup> Voir *infra* p. 116 et s.

fera toujours l'objet d'une qualification d'illégalité. Pourquoi ne pas l'avoir intégrée dans les illégalités qui sont présumées graves ? Parce qu'elles ne bénéficient pas d'un régime privilégié permettant d'observer une telle présomption ; elles n'ont simplement pas fait l'objet d'un régime défavorable. Néanmoins, tous les vices font l'objet d'une graduation de leur gravité, soit au stade de l'examen, soit au stade de la sanction. La présomption de gravité des illégalités ne transcrit, en principe, qu'une présomption au stade de l'examen. En d'autres termes, ces illégalités peuvent voir leur gravité graduée au stade de la sanction. C'est notamment le cas pour l'incompétence de l'auteur de l'acte.

## PARTIE 2 : UNE GRADUATION DE LA GRAVITE DES VICES DE LEGALITE

---

Rappelons que la décision du 21 décembre 2018 *Société Eden*<sup>369</sup> a donné la possibilité aux justiciables de hiérarchiser les moyens qu'ils entendaient soumettre au juge. Ce dernier est alors tenu de respecter cette classification hiérarchique. Cette possibilité bouleverse le raisonnement traditionnel d'examen juridictionnel de la demande<sup>370</sup>. Toutefois, il n'est qu'à l'initiative volontaire des justiciables, et par conséquent n'est jamais obligatoire. Ce n'est que si le requérant l'exerce que le juge y est tenu. Intéressant plus la hiérarchie « procédurale », il n'est pas inintéressant d'observer que cette priorisation est en lien avec la hiérarchie « substantielle ». En effet, en ce cas, c'est le requérant qui gradue la gravité des moyens de sa requête et le juge devra examiner prioritairement celui que le requérant juge le plus performant pour parvenir à l'annulation (c'est-à-dire le plus grave). Néanmoins, nous nous intéresserons à la graduation de la gravité des illégalités issue de la mobilisation des techniques stabilisatrices (qu'elles soient prétoriennes ou législatives) et mettront donc de côté l'étude de la graduation de la gravité réalisée par le justiciable.

Les techniques stabilisatrices – qu'il s'agisse d'une restriction d'invocabilité, d'un encadrement de la substantialité du vice, d'un rétablissement de la légalité, etc. – ont permis de dessiner le contour de la gravité de certains vices. Il ne peut y avoir hiérarchie que si ces techniques s'appliquent spécifiquement à des vices. Si elles s'appliquent à tous les vices, il y a un abaissement de la gravité de tous les vices qui ne permet pas de les différencier. Toutefois, dans l'une et l'autre des hypothèses, les techniques stabilisatrices ont gradué la gravité de tous les vices : soit en jugeant le degré de gravité de certains, soit en abaissant la gravité de tous. Rappelons que ce « mouvement stabilisateur » a eu pour conséquence une certaine hiérarchisation des vices.

Jean Romieu affirmait dans ses conclusions sur l'arrêt Martin de 1905 que « les annulations pour excès de pouvoir n'ont, dans bien des cas, qu'un caractère purement platonique : le juge de l'excès de pouvoir n'a qu'à examiner si l'acte administratif attaqué doit ou non être annulé en raison du vice qui lui est reproché ; il n'a pas à se préoccuper des conséquences, positives ou négatives, de son jugement »<sup>371</sup>. Les temps ont changé. Le juge administratif a pris conscience du caractère « inutile » ou « superfétatoire » de certaines de ces annulations. Dès lors, « l'évolution des pouvoirs du juge de l'annulation s'est déplacée du stade du contrôle qu'il exerce sur l'acte attaqué à celui de la portée de sa décision »<sup>372</sup>.

Ainsi, le juge administratif a décidé de prendre conscience des conséquences de l'annulation par deux biais : en amont de l'annulation, en prenant soin d'encadrer les vices susceptibles de pouvoir être sanctionnés et au moment de l'annulation, en aménageant ou non les effets de cette dernière. Ainsi, le juge de l'excès de pouvoir a encadré les règles s'attayant soit à l'examen du vice, soit aux

---

<sup>369</sup> CE, Sect., 21 décembre 2018, *Société Eden*, n°409678.

<sup>370</sup> V. supra p. 71 et s.

<sup>371</sup> ROMIEU J., Concl. sur CE 4 août 1905, *Martin*, n° 14220.

<sup>372</sup> LABETOUILLE D., « Le vice de procédure, parent pauvre de l'évolution du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation », in *Terres du droit, Mélanges en l'honneur de Y. Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 479.



conséquences de la reconnaissance de l'illégalité de l'acte. En renforçant ou en relativisant le degré de gravité des vices, le juge administratif a participé à la graduation de ceux-ci. Néanmoins, la graduation des vices n'aboutit pas aux mêmes résultats au stade de l'examen et au stade de la sanction.

Au stade de l'examen se pose la question de savoir si le vice de l'acte justifie sa sanction éventuelle. Autrement dit, le vice est-il une illégalité ? A ce stade, les techniques juridiques sont mobilisées de façon systématique à un type d'illégalité. De ce fait, il est possible d'identifier clairement la valeur intrinsèque de chacun des vices et de les faire entrer dans des catégories distinctes. Une classification fondée sur la gravité est donc réalisable (**Chapitre 1**). Ainsi, nous avons déjà étudié les vices « super-privilégiés ». À côté, existent également des vices « privilégiés » et « neutres ».

Au stade de la sanction, l'acte est reconnu illégal et donc deux questions se posent. L'illégalité va-t-elle entraîner une sanction ? Le cas échéant, laquelle ? A ce stade le vice est déjà reconnu comme une illégalité puisqu'il est considéré comme « sanctionnable ». La hiérarchisation n'a pas été systématisée et rend impossible le constat d'une hiérarchie. La classification présente donc une insuffisance au stade de la sanction en ce qu'il n'est possible de remarquer qu'une hiérarchisation (**Chapitre 2**). Il est pourtant possible d'identifier des catégories de vices formant une hiérarchie des illégalités au stade de la sanction. Néanmoins, il semble impossible de savoir avec certitude quelle illégalité entre dans une catégorie de façon systématique.

# CHAPITRE 1 : UNE GRADUATION REVELANT UNE HIERARCHIE DES VICES AU STADE DE L'EXAMEN DE L'ACTE

---

Le législateur et le juge administratif ont, au fur et à mesure, construit divers procédés juridiques qui avaient pour objectif de stabiliser les actes administratifs. Jean Romieu nous expliquait que « le juge de l'excès de pouvoir n'a qu'à examiner si l'acte administratif attaqué doit ou non être annulé en raison du vice qui lui est reproché »<sup>373</sup>. La prise en compte du principe de sécurité juridique n'a rien changé à cette affirmation puisque le juge doit toujours réaliser cet examen. Cependant, ce sont les modalités de son examen qui furent chamboulées. Alors qu'en principe, vice vaut annulation ; désormais seule l'illégalité peut y mener. La considération de la gravité de certains vices a gradué dans le temps. Alors qu'ils eurent tous la même valeur, tel n'est plus le cas à présent. Certains procédés juridiques sont venus spécialement encadrer la gravité de certains vices de forme et de procédure, relativisant la gravité qu'ils possédaient autrefois (**Section 1**). Au contraire, tous les vices de fond sont toujours considérés aujourd'hui comme de véritables illégalités. Toutefois, des procédés exceptionnels ont encadré leur gravité (**Section 2**).

Précisons qu'avec le critère de la gravité, il est possible de graduer les illégalités à l'intérieur des cas d'ouverture eux même. Si l'on peut identifier des constantes (comme par exemple, pour le vice de procédure la différence entre une omission d'un avis conforme et une omission d'un avis facultatif), d'autres diffèrent en fonction de l'espèce. Ainsi, faut-il se concentrer sur la graduation des illégalités en fonction des cas d'ouverture plutôt qu'en fonction de chaque illégalité. Cela permet de révéler une nouvelle classification des vices de légalité tout en présentant de façon générale une hiérarchie qui n'est pas remise en cause selon l'espèce.

## SECTION 1 : DES PROCEDES JURIDIQUES SYSTEMATISES RELATIVISANT LA GRAVITE DES VICES DE FORME ET DE PROCEDURE

Nous savons depuis longtemps déjà que toutes les illégalités ne se valent pas<sup>374</sup>. Depuis longtemps avait été considéré que des vices véniels ne devaient pas entraîner la censure de l'acte. La théorie des vices et des formalités substantiels était déjà un barrage au passage de certains vices en véritables illégalités. Le juge administratif (parfois conforté par le législateur) a construit de nouvelles techniques permettant d'obstruer le chemin du vice de forme et de procédure vers le terrain de l'illégalité. Notons toutefois que, si parfois « forme » et « procédure » se sont vues obstruées ensemble, il n'en est pas toujours le cas. Les techniques relativisant la gravité des vices de forme et

---

<sup>373</sup> ROMIEU J., Concl. préc.

<sup>374</sup> KHAN J., Concl. sur CE, Ass., 12 décembre 1969, *Sieur de Talleyrand-Périgord* n° 73969, p. 574 ; parues à l'*AJDA* 1970, II, p. 34.

de procédure se sont cristallisées à deux moments du procès : d'une part l'invocation du moyen tiré d'un vice de forme et de procédure et d'autre part l'appréciation de l'impact du moyen sur la légalité réalisée par le juge. Le juge s'est en effet attaché à réduire l'invocabilité tiré de ses moyens (§ 1) alors même qu'il n'a pas hésité à en conditionner la gravité (§ 2). L'étude doit faire une place particulière à des jurisprudences récentes qui interrogent un mécanisme dont la notion est floue : la régularisation. Ce nouveau mécanisme semble pouvoir être relevé, dans un cas particulier, comme spécifique aux vices de forme et de procédure (§ 3).

## § 1 : LA RESTRICTION DE L'INVOCABILITÉ : VERS LE REFUS DE GRAVITÉ DES VICES FORMELS ET PROCÉDURAUX

Benjamin Defoort souligne que les vices de forme et de procédure tendraient à relever d'une légalité « statique » tandis que les vices de fond appartiendraient à une légalité « dynamique »<sup>375</sup>. Autrement dit, la légalité externe (sauf l'incompétence) serait bornée à être contestée par voie d'action dans le délai contentieux, qui est en principe de deux mois, alors que les vices de fond pourraient assurer la censure perpétuelle de l'acte par le biais des voies d'exception. Cette affirmation résulte du constat réalisé post-jurisprudence *CFDT Finances*<sup>376</sup> par lequel le Conseil d'État considère comme inopérants les vices de forme et de procédure soulevés par voie d'exception dans le cadre d'une exception d'illégalité ou d'un refus d'abrogation. Dès lors, est consacrée une véritable interdiction d'invocation de tels moyens dans ces voies de droit (B). Sans avoir la même intensité, cette limitation issue de l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État avait été initiée en droit de l'urbanisme (A).

### A- Une limitation de la temporalité de l'invocation initiée en droit de l'urbanisme

L'article L. 600-1 du code de l'urbanisme dispose que « l'illégalité pour vice de forme ou de procédure d'un schéma de cohérence territoriale, d'un plan local d'urbanisme, d'une carte communale ou d'un document d'urbanisme en tenant lieu ne peut être invoquée par voie d'exception, après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la prise d'effet du document en cause. Les dispositions de l'alinéa précédent sont également applicables à l'acte prescrivant l'élaboration ou la révision d'un document d'urbanisme ou créant une zone d'aménagement concerté. Les deux alinéas précédents ne sont pas applicables lorsque le vice de forme concerne :

- soit la méconnaissance substantielle ou la violation des règles de l'enquête publique sur les schémas de cohérence territoriale, les plans locaux d'urbanisme et les cartes communales ;
- soit l'absence du rapport de présentation ou des documents graphiques. ».

---

<sup>375</sup> DEFOORT B., « Les paradoxes du contentieux des actes administratifs unilatéraux : à propos de quelques arrêts récents » – *RFDA* 2018 p. 1071. L'auteur indique que « la valorisation de la légalité interne et la relativisation de l'importance accordée à la légalité externe tend aujourd'hui à être également justifiée par le fait que les vices de forme et de procédure seraient réputés relever d'une légalité « statique » tandis que les vices de fond appartiendraient à une légalité « dynamique ».

<sup>376</sup> CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, n°414583.

C'est la loi du 9 février 1994 qui a introduit cet article dans le droit positif<sup>377</sup>. Il cible déjà certains vices de forme et de procédure en excluant toutefois ceux qui paraissent, aux yeux du législateur, comme particulièrement graves. De surcroît, et la différence est notable avec l'arrêt *CFDT Finances*, le législateur n'avait encadré l'invocation qu'à un délai de 6 mois. De plus cette règle était « sectorielle » puisqu'elle ne valait qu'en droit de l'urbanisme et que pour certains documents. Dès lors, même si le législateur opérait déjà une relativisation de la gravité des vices de forme et de procédure, l'atteinte était mesurée.

La jurisprudence *CFDT Finances* n'a cependant pas eu pour portée d'anéantir le principe de l'article L. 600-1, comme l'a jugé la Cour administrative d'appel de Nantes<sup>378</sup>. En l'espèce, le juge administratif était saisi par la voie de l'exception dans le cadre d'un litige relatif à la légalité d'un permis d'aménager. Les requérants soulevaient le moyen tiré de la composition irrégulière du dossier soumis à enquête publique et de l'absence de réponse, dans l'avis du commissaire enquêteur, aux observations du public alors que la commune intimée y opposait la jurisprudence *CFDT Finances*. Si la jurisprudence *CFDT Finances* avait eu pour portée de s'appliquer en ce domaine, le juge administratif aurait alors déclaré le moyen inopérant. Or, la Cour administrative d'appel de Nantes a considéré l'exception d'illégalité comme opérante puisqu'elle a vérifié que les vices relevaient ou non de ceux échappant au principe de l'article L. 600-1. Elle en a ainsi admis la recevabilité mais a rejeté au fond, venant rappeler le caractère dérogatoire des règles de l'urbanisme. C'est ce que prévoyait déjà Benjamin Defoort qui précisait qu'« est probable que les règlements d'urbanisme conservent un traitement spécifique. Malgré la très grande parenté des régimes, on voit mal les raisons qui pourraient conduire le juge à étendre la jurisprudence Fédération CFDT aux actes réglementaires adoptés en matière d'urbanisme, sauf à entrer directement en contradiction avec les dispositions de l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme »<sup>379</sup>. Néanmoins, « cela ne signifie pas, que sous l'influence d'un phénomène d'urbanisation du contentieux administratif général, le juge ne s'est pas inspiré de l'article L. 600-1 pour poser la règle nouvelle »<sup>380</sup>. Certains ont d'ailleurs pu écrire que cette décision « a eu pour effet de généraliser l'esprit de l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme en dehors de ce domaine particulier »<sup>381</sup>.

## **B- Une interdiction d'invocation consacrée par la jurisprudence *CFDT Finances***

« Quant à la rationalisation de l'accès au prétoire, l'imagination paraît sans limite. L'appréciation ne peut pas ici être objective mais les dérives sont flagrantes »<sup>382</sup> affirmait Laurent Marcovici qui retraçait les diverses mesures relatives à l'accès au prétoire. La décision *CFDT Finances* s'y intègre largement. Cet arrêt n'a pas manqué de faire discuter la doctrine dont une partie a tenté de fonder

---

<sup>377</sup> Loi n° 94-112 du 9 février 1994 - art. 3 JORF 10 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction.

<sup>378</sup> CAA de Nantes, 10 décembre 2018, *M. L.*, n° 17NT01847.

<sup>379</sup> DEFOORT B., « Les paradoxes du contentieux des actes administratifs unilatéraux : à propos de quelques arrêts récents », *RFDA* 2018 p. 1071.

<sup>380</sup> REVERT M., « La recevabilité de l'exception d'illégalité des documents d'urbanisme à l'épreuve du droit spécial de l'article L. 600-1 », *RDI* 2019 p. 181.

<sup>381</sup> JANICOT L. et ROUILLE J.-C., « La demande en appréciation de régularité d'une décision administrative », *RFDA* 2018, p. 821 et s.

<sup>382</sup> MARCOVICI L., « Principe de légalité : nouvel équilibre ou déséquilibre assumé ? », *AJDA* 2019 p. 361.

une défense mesurée<sup>383</sup> alors que d'autres ont dessiné une critique assez négative<sup>384</sup> voire explicitement négative<sup>385</sup>. Rappelons brièvement que c'est par cette décision que le juge administratif a décidé de juger comme inopérants (voire irrecevables) les moyens tirés d'un vice de forme ou de procédure (même les plus graves) lorsqu'ils sont invoqués dans le cadre d'une exception d'illégalité ou d'un refus d'abrogation contre un acte réglementaire.

La censure juridictionnelle doit être réservée aux « irrégularités décisives », comme les nomme Aurélie Bretonneau dans ses conclusions sur l'arrêt *CFDT finances*<sup>386</sup>, c'est-à-dire celles qui ont été susceptibles d'exercer une influence sur le sens de la décision prise ou qui ont privé les intéressés d'une garantie. Pourtant, la logique de l'arrêt *CFDT Finances* est tout à fait différente. Elle ne réserve pas la censure aux illégalités jugées comme graves ; elle empêche tous les vices formels ou procéduraux de pouvoir exprimer leur gravité. En d'autres termes, le Conseil d'État refuse désormais l'examen de la gravité de ces vices lorsqu'ils sont invoqués, par voie d'exception, pour contester la légalité d'un acte réglementaire. Ces moyens sont alors voués à l'échec. Cet arrêt participe donc à un « affaiblissement de la garantie juridictionnelle des exigences de forme et de procédure » et « confirme la volonté du Conseil d'État d'éviter de remettre en cause les actes de l'administration pour de simples vices formels ou procéduraux »<sup>387</sup>. En qualifiant de tels moyens d'inopérants, le Conseil d'État assume de se désintéresser de la gravité de certains de ces vices. Ainsi, la haute juridiction administrative a semble-t-il voulu amplifier le phénomène qui laisse à penser qu'un vice formel ou procédural est moins grave – voire ne peut plus l'être – par rapport aux vices de légalité interne ou à l'incompétence.

Toutefois, cette solution interroge quant à la hiérarchisation à laquelle elle participe. Plus exactement, c'est le moyen d'y participer qui interroge. D'abord, quant au justiciable puisque, comme le souligne Denys de Béchillon, « il n'est pas heureux que le Palais-Royal donne l'impression que le justiciable peut passer après »<sup>388</sup>. Ensuite, pour l'Administration puisque l'auteur souligne également qu'« on peut aussi s'interroger sur la pertinence du message que le Conseil d'État envoie aux administrations, à qui il est tout de même offert de se risquer à quelques calculs tactiques assez discutables quant à l'opportunité de respecter scrupuleusement (ou pas) la procédure consultative. Il va devenir tentant de se dire, parfois, que tout danger de mise en cause au contentieux sera écarté deux mois après la publication de l'acte et que le jeu en vaut la chandelle. Pour un responsable public, dans les domaines à faible imprégnation associative ou syndicale, il n'est donc plus

---

<sup>383</sup> DELVOLLE P., « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires - Des arguments pour ? », *RFDA* 2018 p. 665.

<sup>384</sup> MELLERAY F., « Requiem pour le vice de procédure ? », *AJDA* 2018 p. 1241 ; SEILLER B., « Nouvelle restriction de l'invocabilité des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », *Gaz. Pal.* 9 oct. 2018, n° 34, p. 30 ; FRIEDRICH C., « Procédure contentieuse - Une victoire de l'État de droit à la Pyrrhus : les vices de forme et de procédure laissés sur le champ de bataille », *JCP Adm.* 2018 p. 2197.

<sup>385</sup> TOUZEIL-DIVINA M., Procédure contentieuse – « La puissance publique - après deux mois - peut se moquer de l'État de droit : RIP l'exception d'illégalité », *JCP Adm.* 2018. Actu. 469 ; BECHILLON (De) D., « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires – Contre », *RFDA* 2018 p. 662.

<sup>386</sup> BRETONNEAU A. concl. sur CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, n°414583, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », *RFDA* 2018 p. 649.

<sup>387</sup> MAMOUDY O., « Sécurité juridique et hiérarchisation des illégalités dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *AJDA* 2019 p. 1108.

<sup>388</sup> BECHILLON (De) D., « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires – Contre », *RFDA* 2018 p. 662.

forcément aberrant de s'affranchir des règles de procédure, considérant la faiblesse du danger d'avoir des comptes à rendre à ce propos... »<sup>389</sup>. C'est enfin la licéité de la jurisprudence qui interroge. Sophie Roussel et Charline Nicolas, décrivant l'évolution contentieuse des actes réglementaires, précisent que « certains, sensibles aux seules apparences, pourront voir dans cette ligne jurisprudentielle une régression du droit au recours et une importance excessive (voire coupable) accordée aux intérêts de l'administration face à ceux du justiciable »<sup>390</sup>.

La question se pose réellement pour cette jurisprudence. Pourtant, Mattias Guyomar et Bertrand Seiller affirmaient que « l'histoire de la justice administrative est caractérisée par le grand libéralisme avec lequel les justiciables peuvent accéder au prétoire du juge »<sup>391</sup>. Ainsi, si les justiciables peuvent toujours accéder au prétoire, ils ne peuvent plus s'y rendre avec toutes les armes. Le Conseil constitutionnel a déjà eu à connaître de cette interrogation en des termes presque similaires. Il s'est prononcé, dans une décision du 21 janvier 1994<sup>392</sup> sur l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme qui limitait l'invocation perpétuelle des vices de forme et de procédure en prévoyant que l'exception d'illégalité pour certains vices de forme ou de procédure des documents réglementaires d'urbanisme cesse d'être possible six mois après leur édicition. Le Conseil a écarté le grief tiré d'une atteinte au droit au recours. Le Conseil a estimé que « la restriction (...) est limitée à certains actes relevant du seul droit de l'urbanisme ; (...) [que le législateur] a fait réserve des vices de forme ou de procédure qu'il a considérés comme substantiels ; qu'il a maintenu un délai de six mois au cours duquel toute exception d'illégalité peut être invoquée ; et que les dispositions (...) n'ont ni pour objet, ni pour effet de limiter la possibilité ouverte à tout requérant de demander l'abrogation d'actes réglementaires illégaux ou devenu illégaux et de former des recours pour excès de pouvoir contre d'éventuelles décisions de refus ».

Pourtant, Aurélie Bretonneau dans ces conclusions n'estime pas l'obstacle constitutionnel insurmontable, au contraire. Elle précise à cet égard que la décision « correspond surtout au mode de rédaction des déclarations de conformité du Conseil constitutionnel, consistant à énumérer les caractéristiques du dispositif législatif dans son ensemble pour décerner à l'équilibre global qu'il instaure un brevet de constitutionnalité. La chute de la décision est que le moyen de méconnaissance du droit au recours manque en fait, et non que l'article L. 600-1 tangente un seuil dont il serait exclu de se rapprocher »<sup>393</sup>. Elle remarque, à juste titre, qu'à cette époque le Conseil était moins attaché à la stabilité juridique qu'aujourd'hui. Pourtant, il paraît difficile de croire, de manière certaine, que le Conseil accepterait, même aujourd'hui, une telle restriction. D'ailleurs, le Conseil a précisé dans une décision du 9 avril 1996 qu'en principe : « il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction »<sup>394</sup>. Or, il est difficile de penser que la suppression systématique de l'invocation des vices de forme et de procédure dans le cadre de l'exception d'illégalité ou contre le refus d'abrogation ne s'apparente pas à une atteinte substantielle du droit au recours. En tout état de cause, ce dispositif jurisprudentiel mène à discussion.

---

<sup>389</sup> *Ibid.*

<sup>390</sup> ROUSSEL S. et NICOLAS C., « Contentieux des actes réglementaires : bouquet final », *AJDA* 2018 p. 1206.

<sup>391</sup> SEILLER B. et GUYOMAR M., *Contentieux administratif*, Hypercours, Dalloz, 4e édition, 2017.

<sup>392</sup> Cons.const., 21 janvier 1994, n° 93-335 DC, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*.

<sup>393</sup> BRETONNEAU A., *Concl. préc.*

<sup>394</sup> Cons. Const., 9 avril 1996, n° 96-373 DC, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*.

La discussion peut également se déplacer sur le terrain de la conventionnalité. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le droit à un tribunal n'est pas absolu et peut connaître des limitations dès lors qu'elles tendent à un but légitime et restent proportionnées<sup>395</sup>. De surcroît, il peut donner lieu à des limitations qui ne sauraient toutefois pas restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière, ou à un point tel que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même<sup>396</sup>. Cependant, la sécurité juridique peut être prise en compte pour justifier les atteintes au droit au recours. Par exemple, la Cour a souligné que des délais de prescription poursuivaient plusieurs finalités tel que « garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions, mettre les défendeurs potentiels à l'abri de plaintes tardives peut-être difficiles à contrer, et empêcher l'injustice qui pourrait se produire si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur des événements survenus loin dans le passé à partir d'éléments de preuve auxquels on ne pourrait plus ajouter foi et qui seraient incomplets en raison du temps écoulé »<sup>397</sup>. Il semble dès lors que le juge de Strasbourg pourrait admettre une telle restriction ou du moins ne pas développer, dans le cadre du dialogue des juges, une solution contraire à celle développée par le Conseil d'État. Au contraire, la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne prévoit que « les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire »<sup>398</sup>. Il est alors difficile de ne pas considérer comme « pratiquement impossible ou excessivement difficile » l'interdiction d'invoquer des vices de forme et de procédure dans les cas prévus par la jurisprudence *CFDT finances*. Dès lors, la volonté « d'affaiblir » la gravité d'un vice par l'interdiction de son invocation interroge tant sa constitutionnalité que sa conventionnalité.

Pierre Delvolvé retraçant l'évolution du contentieux administratif précise que : le juge administratif a « limité la garantie du principe de légalité mais en conservant l'essentiel : la sanction des atteintes inadmissibles à la légalité. En cela ils ont montré qu'il y a des degrés dans l'illégalité »<sup>399</sup>. Il ajoute ensuite qu'en laissant la possibilité d'invoquer les vices majeurs que sont l'incompétence, le détournement de pouvoir et la violation de toutes les normes de fond, la censure peut toujours être assurée. Il remarque pourtant la faille de la jurisprudence *CFDT finances* qui aurait pu hiérarchiser, non pas les vices de légalité externe (sauf l'incompétence) et les vices de légalité internes, mais plutôt, conformément à la jurisprudence classique en la matière, faire une différence entre ce qui est grave et ce qui ne l'est pas. Dès lors, c'est une hiérarchisation à l'intérieur du moyen tiré du vice de procédure ou de forme que le Conseil d'État aurait pu (moins brutalement) conforter sa quête de stabilisation des actes. En d'autres termes, le Conseil d'État aurait pu opter pour une « Danthonisation » de ces vices plutôt qu'un anéantissement total. Cette jurisprudence ne laisse pas au requérant la chance de démontrer le caractère déterminant de l'illégalité commise au regard de sa propre situation. Pourtant, c'est bien dans la hiérarchisation entre les cas d'ouverture que la décision s'inscrit en défavorisant la gravité des vices de forme et de procédure. Cette relativisation

---

<sup>395</sup> CEDH, Pl., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70 ; CEDH, 26 juillet 2007, *Walchli c. France*, n° 35787/03.

<sup>396</sup> CEDH, 27 août 1991, *Philis c. Grèce*, n° 12750/87 ; 13780/88 ; 14003/88.

<sup>397</sup> v. par ex. CEDH, 22 octobre 1996, *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, n° 22083/93 ; 22095/93.

<sup>398</sup> CJCE, 16 décembre 1976, *Reve-Zentralfinanz et Reve-Zentral*, aff. 33/76.

<sup>399</sup> DELVOLVÉ P., « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires - Des arguments pour ? », *RFDA* 2018 p. 665.

de la gravité de ces vices dépasse le stade de l'invocation et s'est répandu à celui de l'examen au fond.

## § 2 : UNE GRAVITÉ ENCADRÉE : VICE OU ILLÉGALITÉ ?

« Il n'y a pas à distinguer entre les formalités qui sont substantielles et celles qui ne le sont pas ; toutes les formalités doivent être présumées substantielles »<sup>400</sup>. Pourtant, et depuis longtemps déjà, il est admis que tous les vices de forme ou de procédure ne justifient pas une censure par le juge.

On leur opposait déjà la théorie des vices non substantiels ou celle des formalités non substantielles, sans toujours comprendre aisément la différence pragmatique entre les deux<sup>401</sup>. Ces notions marquaient toutefois la réticence du juge administratif à sanctionner l'excès de formalisme. Guy Braibant déplorait que l'élaboration des décisions devienne pour l'administration « un véritable parcours du combattant » et que « chaque phase du processus puisse être la source d'irrégularités qui entraînent l'effondrement de la décision finale »<sup>402</sup>. Daniel Labetoulle souhaitait « marquer que la réflexion sur la façon de prendre en compte les vices de procédure est demeurée largement à l'écart pendant une période qui par ailleurs a connu bien des évolutions relatives aux pouvoirs du juge de l'annulation »<sup>403</sup>. Son souhait fut exaucé deux ans plus tard par la jurisprudence *Danthony* qui est venue conditionner de façon systématique la gravité des vices de procédure (A). Néanmoins, à l'inverse des vices de fond, les vices de forme, sans se voir appliquer la jurisprudence *Danthony*, se voient appliquer la théorie de vices non substantiels. Dès lors, on remarque également un encadrement de la gravité puisqu'ils ne sont pas *ipso facto* reconnus comme des illégalités. Même moins abouti, voire relatif, l'encadrement est aussi présent pour ceux-là (B).

### A- L'encadrement systématisé de la gravité des vices de procédure par la jurisprudence *Danthony*

Le vice de procédure correspond à l'omission ou à l'accomplissement incomplet ou irrégulier des formalités auquel un acte administratif était assujéti. Ces formalités peuvent être fort diverses, on peut citer, sans que la liste soit exhaustive : les consultations préalables, les enquêtes, les obligations de publicité ou d'information ou encore les délais. Rappelons, que les obligations procédurales sont au nombre des obligations positives que la Cour européenne des droits de l'homme fait peser sur les États pour garantir l'effectivité d'un droit<sup>404</sup>.

Néanmoins, si elles sont regardées comme des obligations positives pesant sur les États afin de garantir l'effectivité d'un droit, il est depuis longtemps admis qu'elles n'ont pas toutes la même gravité et donc pas la même valeur. Pour ne pas tomber dans la censure d'un formalisme parfois excessif, le juge administratif s'interroge afin de savoir si le vice invoqué est substantiel ou non. Cette étape, bien que systématisée aujourd'hui, permettait déjà d'observer que toutes les illégalités

---

<sup>400</sup> HAURIOU M., *Précis de droit administratif*, 6e éd., 1907, p. 451.

<sup>401</sup> Pour un éclaircissement des notions v. not. DOUTEAUD S., « Jurisprudence Danthony : théorie des moyens inopérants, des formalités non substantielles ou des vices non substantiels ? », *RFDA* 2018 p. 109.

<sup>402</sup> BRAIBANT G., « Du simple au complexe, quarante ans de droit administratif, 1953-1993 », *EDCE* 1994, n°45.

<sup>403</sup> LABETOULLE D., *op. cit.*, p. 479.

<sup>404</sup> V. par ex. CEDH, Grande chambre, 8 juillet 2003, *Hatton c. Royaume-Uni*, n° 36022/97, § 99 à 104 ; CEDH, 24 septembre 2007, *Tysiac c. Pologne*, n° 5410/03, § 113.



ne se valaient pas. Le juge différenciait déjà l'illégalité non grave (le vice) de la véritable illégalité. Cela revenait à appliquer la théorie des formalités substantielles et la théorie des vices substantiels.

En ce qui concerne les formalités, le juge administratif a scindé cette catégorie en deux : les formalités touchant à la substance de l'acte et les autres, dont certains y préfèrent la distinction entre les formalités obligatoires et les formalités facultatives. Le juge administratif a parfois préféré les formalités devant être respectées « à peine de nullité » et celles qui ne le sont pas<sup>405</sup>. En ce qui concerne les vices, le juge s'interroge, non de façon abstraite sur la formalité mais, de façon concrète sur le vice effectivement constaté pour en mesurer, « dans les circonstances de l'espèce la portée sur la bonne exécution de la formalité – et par ricochet sur la légalité de la décision »<sup>406</sup>.

On remarque donc la différence de l'appréciation « abstraite » pour la formalité et « concrète » pour le vice. Le raisonnement est pourtant identique : si un vice est susceptible d'avoir affecté une garantie ou influencé le sens de la décision prise, cette dernière est illégale<sup>407</sup>. Dans le cas contraire, il ne vaut pas annulation<sup>408</sup>.

Toutefois, il était parfois difficile de réellement cerner l'impact que pouvait avoir un vice de procédure sur la légalité d'un acte voire même quelle théorie était mobilisée par le juge administratif. Paul Cassia dénonçait que « ces critères étaient parfois combinés ou dissociés, sans que l'on sache très bien comment ni pourquoi, de sorte que le vice de procédure était - est encore ? - à la fois un pari pascalien pour le demandeur (« si vous gagnez, vous gagnez tout ; si vous perdez, vous ne perdez rien ») et une roulette russe pour le défendeur »<sup>409</sup>. Daniel Labetoulle espérait quant à lui la mise en place d'une « grille » de critère permettant d'apprécier l'impact du vice de procédure sur la légalité de l'acte<sup>410</sup>. Gaëlle Dumortier affinant le cheminement du vice de procédure dans l'histoire du contentieux administratif propose la solution selon laquelle « une irrégularité qui ne peut ou n'a pu être de nature à affecter la teneur de la décision n'a pas à être sanctionnée par l'annulation de celle-ci »<sup>411</sup>.

C'est la décision d'Assemblée dite « *Danthony* » qui établira une « grille » pour savoir si un vice de procédure est substantiel ou ne l'est pas, assumant dès lors que tous les vices de procédure ne peuvent mener à l'annulation. Toutefois, l'Assemblée du contentieux a ainsi systématisé des années de jurisprudence et a élargi la portée de l'article 70 de la loi n°2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration du droit<sup>412</sup>. Rappelons donc, *in extenso*, le principe tel que formulé : « Considérant que ces dispositions énoncent, s'agissant des irrégularités commises lors de la consultation d'un organisme, une règle qui s'inspire du principe selon lequel, si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les

---

<sup>405</sup> CE, 3 juillet 1896, *Syndicat de l'association des vidanges d'Arles*, n° 82435 ; CE, 28 juillet 1905, *Boitel de Dienvil*, n° 11781.

<sup>406</sup> DUMORTIER G., Concl. sur CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n° 335033, « L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure », *RFDA* 2012 p. 284.

<sup>407</sup> CE, 9 avril 1948, *Leroux*, n° 81960 ; CE, 10 juillet 1964, *Compagnie française des conduites d'eau*, n° 56688.

<sup>408</sup> CE, 4 juillet 1952, *Decharme*, n° 85621.

<sup>409</sup> CASSIA P., « L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure », *RFDA* 2012 p. 296.

<sup>410</sup> LABETOULLE D., *op. cit.*, p. 479.

<sup>411</sup> DUMORTIER G., Concl. préc.

<sup>412</sup> CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n° 335033 : « Considérant que l'article 70 de la loi du 17 mai 2011 dispose que : " Lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision " ».

lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie ; que l'application de ce principe n'est pas exclue en cas d'omission d'une procédure obligatoire, à condition qu'une telle omission n'ait pas pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte ».

Sans revenir sur les débats relatifs à la création d'une norme dépassant le champ de l'article de la loi de 2011 et des critiques adressées au Conseil d'État<sup>413</sup>, il s'agira davantage de rappeler le principe mais également la portée de la décision *Danthony*. Affirmons d'emblée, que cette décision n'a pas eu pour but un chamboulement original de la relativisation du vice de procédure mais qu'elle n'a fait que systématiser et qu'encadrer une relativisation déjà présente dans le passé<sup>414</sup>.

Ainsi, prenant soin d'exclure la compétence de l'auteur de l'acte de la décision<sup>415</sup>, deux cas de figure doivent être distingués : soit l'omission a été sans conséquence sur le sort des destinataires et n'encourt pas la censure, soit cette dernière a influencé le sens de la décision ou a privé les administrés d'une garantie et peut alors justifier une sanction. Dès lors, le juge a neutralisé les vices de procédure en permettant à l'illégalité de survivre. Le passage du vice en illégalité n'était donc pas systématique puisqu'il fallait que ce dernier soit substantiel pour le devenir. La jurisprudence *Danthony* systématise cette affirmation en conditionnant le passage à l'illégalité à deux critères alternatifs. Autrement dit, le Conseil d'État a conditionné la « désactivation » des vices de procédure à deux critères alternatifs.

Les jurisprudences postérieures reprenant le principe de la décision *Danthony* ont permis de cerner l'exacte portée de celle-ci. Tout d'abord, c'est le champ d'application large de la jurisprudence relative au vice de procédure qui marque. Ainsi, le Conseil d'État dans sa décision précisait déjà qu'il était possible que ce principe s'applique aux consultations préalables mais également à toutes les procédures préalables à l'édition d'un acte ou d'une prise de décision. L'ordre des questions que doit se poser au juge s'est dessiné de la manière suivante : la procédure administrative préalable était-elle constitutive d'une garantie ? Si oui, les personnes concernées en ont-elles été privées ? Si une réponse négative est apportée à l'une de ces questions, le juge doit s'interroger pour savoir si le vice a été susceptible, en l'espèce, d'exercer une influence sur le sens de la décision prise<sup>416</sup>.

La jurisprudence *Danthony* s'est vue affiner le contour de son principe puisque les jurisprudences postérieures ont montré ce que pouvait être une garantie. Elle peut d'ailleurs concerner des

---

<sup>413</sup> V. par ex. René Hostiou qui s'interroge sur un « coup d'État juridique » : HOSTIOU R., « Simplification du droit, sécurité juridique et nouvel office du juge administratif », *RFDA* 2012 p. 423 ; Xavier Domino et Aurélie Bretonneau y voient une simple clarification : DOMINO X. et BRETONNEAU A., « Le vice, mode d'emploi » *AJDA* 2012 p. 195 ; Jean Marc Sauvé précisait de façon plus neutre qu' : « allant au-delà des irrégularités commises lors de la consultation d'un organisme, [la] jurisprudence [Danthony] s'inscrit bien dans les pas de la réforme opérée par le législateur », Intervention du 20 janvier 2012 lors du colloque organisé par le Conseil d'État sur le Rapport public 2011, sur le site internet du Conseil d'État.

<sup>414</sup> C'est ce que remarquent d'ailleurs Aurélie Bretonneau et Xavier Domino en indiquant que « la décision Danthony n'a pas chamboulé les fondements du principe de légalité », DOMINO X. et BRETONNEAU A., *op. cit.* p. 195.

<sup>415</sup> V. *supra* p. 80.

<sup>416</sup> DOMINO X. et BRETONNEAU A., « Jurisprudence Danthony : bilan après 18 mois », *AJDA* 2013 p. 1733.

personnes prises individuellement<sup>417</sup> ou un groupe de personne<sup>418</sup>. D'autres fois, le juge a refusé de reconnaître une garantie comme par exemple la consultation de l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments (AFSSA) préalablement à l'édition d'une mesure relevant de l'article L. 253-3 du code rural d'interdiction, de restriction ou de prescription particulière concernant la mise sur le marché, la délivrance, l'utilisation et la détention d'un produit phytopharmaceutique<sup>419</sup>. La privation de garantie dépend de l'espèce. En effet, dans l'espèce de la décision *Danthony* la privation de garantie était constituée pour un vice relatif à la consultation du comité technique paritaire (CTP) mais n'a pas été reconnue comme tel dans les jurisprudences postérieures<sup>420</sup>. Le juge réalise alors une interprétation casuistique des affaires et se détache de la théorie des formalités substantielles<sup>421</sup>. De surcroît, lorsque plusieurs vices peuvent entacher l'acte d'illégalité le juge se livre alors à une interprétation globale et cumulative afin d'apprécier si ce cumul peut priver l'intéressé d'une garantie<sup>422</sup>. Enfin, en ce qui concerne la notion d'influence<sup>423</sup>, là encore le juge administratif contrôle concrètement en prenant en considération l'espèce<sup>424</sup>.

Remarquons pour conclure que par la décision *Société Chiesi*<sup>425</sup> le Conseil d'État a inclus dans son office le mécanisme de la « Danthonisation » puisqu'il « appartient au juge administratif » d'écarter, le cas échéant, de lui-même un moyen tiré d'un vice de procédure qui ne lui paraît pas de nature à entacher d'illégalité la décision attaquée.

Ces précisions ont amené le juge administratif à préciser le contour de cette jurisprudence de principe dont l'essence principale, ne l'oublions pas, est la relativisation de la gravité des vices de procédure. Cette relativisation traduit une désactivation conditionnée du vice de procédure : s'il remplit les critères, il n'est pas désactivé ; s'il ne remplit pas les critères, la gravité n'est pas avérée et le vice est désactivé. La « grille » établie par la décision *Danthony* correspond alors à une feuille de route que peut suivre le vice de procédure pour atterrir dans le terrain de l'illégalité. Gaëlle Dumortier reconnaissait elle-même que « le caractère non substantiel d'une formalité ou d'un vice n'est le fruit que d'une atténuation jurisprudentielle »<sup>426</sup>. L'approche casuistique exigée par le principe de l'arrêt rend très difficile (voire impossible) la modélisation d'une hiérarchie des vices de procédure. Toutefois, en systématisant une technique juridique spécifique au vice de procédure le juge administratif à décider, par l'encadrement réalisé, de relativiser la gravité de tous les vices de procédure. Remarquons que cet arrêt marque tant « un mouvement jurisprudentiel de relativisation

---

<sup>417</sup> V. par ex. pour les règles de composition du conseil d'enquête, dont l'article L. 4137-2 du code de la défense impose la consultation préalablement au prononcé de sanctions du troisième groupe à l'encontre de militaires : CE, 22 février 2012, *Sarraïjn*, n° 343052.

<sup>418</sup> V. par ex. les personnes représentées dans la commission consultative de l'environnement de l'aérodrome Paris-Charles de Gaulle : CE, 10 juin 2013, *Commune de Conflans-Sainte-Honorine*, n° 355791.

<sup>419</sup> CE, 23 juillet 2012, *Association générale des producteurs de maïs*, n° 341726.

<sup>420</sup> CE, 27 avril 2012, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole [SNETAP-FSU]*, n° 348637.

<sup>421</sup> V. par ex. appréciation des faits de l'espèce pour statuer sur l'omission d'une procédure constitutive d'une garantie pourtant restée sans conséquence sur la légalité de la décision prise : CE, 19 juin 2013, *Fédération professionnelle des entreprises du sport et des loisirs*, n° 352898.

<sup>422</sup> Arrêt *Commune de Conflans-Sainte-Honorine*, préc.

<sup>423</sup> V. pour une étude approfondie sur la notion d'influence : FONTENELLE (De) L., « La notion d' « influence » dans le recours pour excès de pouvoir », *RFDA* 2018 p. 312.

<sup>424</sup> V. par ex. sanction du défaut de consultation de la Haute autorité de santé préalablement à l'édition d'un décret relatif à la formation des chiropracteurs : CE, 17 juillet 2013, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n° 354103.

<sup>425</sup> CE, 17 février 2012, *Chiesi S.A.*, n° 332509.

<sup>426</sup> DUMORTIER G., *Concl. préc.* p. 284.

du principe de légalité »<sup>427</sup> qu'une relativisation de la gravité des vices de procédure. L'encadrement, certes moins abouti, des vices de forme entraîne le même constat.

## **B- L'encadrement relatif de la gravité des vices de forme par la théorie des vices non substantiels**

L'encadrement des vices de forme est quant à lui moins systématique en ce qu'aucune technique juridique ne l'a enfermé dans une grille d'appréciation. Pourtant, il n'est pas impossible de dire que l'opposabilité de la théorie des vices non substantiels aux vices de forme engage une certaine relativisation de ces derniers.

Si pendant longtemps la forme et la procédure étaient mêlées<sup>428</sup>, ils sont aujourd'hui distincts. Le vice de forme « relève de la présentation matérielle de l'acte (*instrumentum*), traduit le résultat de l'opération normatrice et renvoie aux autres conditions de régularité de celui-ci (la signature montre que la compétence a été exercée, les visas font référence aux bases juridiques de l'acte et aux étapes de la procédure, la motivation aux motifs de la décision, etc. »<sup>429</sup>. Le vice de procédure est relatif à « l'ensemble des règles d'élaboration de l'acte unilatéral antérieurement à son émission (*negotium*), et l'irrégularité qui les entache constitue dès lors un vice de procédure »<sup>430</sup>. D'ailleurs, le Conseil d'État a pu préciser que le défaut de motivation n'était pas un vice « Danthonysable »<sup>431</sup>. Ainsi, et en principe, l'application de la « grille » *Danthony* n'est applicable qu'aux vices de procédure.

Les règles relatives aux formes de l'acte relèvent majoritairement du pouvoir réglementaire sauf si elles ont une incidence sur le régime des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ou sur tout autre domaine réservé au législateur conformément à l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958. Le législateur est notamment intervenu pour élaborer un encadrement de la motivation des actes administratifs<sup>432</sup> ou pour encadrer (partiellement) les règles relatives à la signature des actes administratifs<sup>433</sup>.

La sanction varie ainsi en fonction du vice considéré. La plupart du temps c'est l'absence de sanction (corrélative au fait que le droit français soit peu formaliste) qui caractérise les vices de forme. Par exemple, en ce qui concerne l'omission de certaines mentions, même exigée par un texte législatif ou réglementaire<sup>434</sup> ou que le nom des membres de l'organe collégial soit mentionné sur le procès-verbal<sup>435</sup> peuvent être sans influence sur la légalité de l'acte dès lors que l'opération juridique ou matérielle à laquelle il devait être fait référence a été réellement accomplie<sup>436</sup>. De même,

---

<sup>427</sup> MIALOT C., « L'arrêt Danthony du point de vue du justiciable », *AJDA* 2012 p. 1484.

<sup>428</sup> V. not. LAFERRIERE E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. II, 1989, LGDJ, p. 520 et s.

<sup>429</sup> FRIER P.-L., « Vice de forme », in Répertoire Dalloz, octobre 2004 (actualisation 2014)

<sup>430</sup> *Ibid.*

<sup>431</sup> CE, 7 décembre 2016, *CARSAT Aquitaine*, n° 386304.

<sup>432</sup> Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

<sup>433</sup> Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

<sup>434</sup> Certains textes exigent que le nom et la qualité du décideur soient portés sur l'acte, v. par ex. art. 4 Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

<sup>435</sup> V. par ex. art. 14 du décret n°83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers.

<sup>436</sup> CE, 18 décembre 1991, *Syndicat national industrie pharmaceutique*, n° 86552, pour l'application de l'article 14 du décret du 28 nov. 1983 ; CE, 28 novembre 2003, *Mme Aïcha X*, n° 249389, pour l'application de l'article 4 de la loi du 12 avr. 2000.

L'erreur dans les visas d'un acte est sans influence sur sa légalité<sup>437</sup> et, plus généralement, les visas d'un acte sont sans influence sur sa légalité<sup>438</sup>. La mention de la date d'émission n'est pas une condition de régularité formelle de l'acte. Elle ne constitue pas une forme obligatoire et l'absence de date n'entraîne pas par elle-même la nullité de l'acte<sup>439</sup>. A l'inverse et en principe, un acte écrit n'est régulier que s'il est signé. En effet, l'expression du consentement de l'auteur permet de distinguer l'acte véritable du simple projet d'acte, et traduit l'existence d'une véritable norme<sup>440</sup>. De même, le défaut ou l'insuffisance de motivation constitue un vice de forme de nature à entraîner l'annulation de l'acte (sauf les exceptions prévues par la loi qui sont relatives au secret ou à l'urgence).

De surcroît, quand certains éléments plus ou moins précis ont été portés à la connaissance des administrés, sans suivre parfaitement les prescriptions des textes, le juge vérifie si le droit à une information correspondant aux finalités poursuivies par le législateur a été ou non respecté<sup>441</sup>.

En somme, l'encadrement de la gravité des vices de forme n'est pas systématique et renvoie soit au caractère obligatoire soit au caractère substantiel (sans qu'il soit toujours aisé de voir une véritable différence entre les deux). Néanmoins, on peut dire, sans qu'il soit possible de l'étudier absolument, qu'il existe là encore, une hiérarchie entre les vices de forme nonobstant qu'à la différence des vices de procédure, les premiers ne font pas l'objet d'un encadrement systématique. Autrement dit, certains vices de procédure peuvent être qualifiés d'illégalité (notamment le défaut de motivation obligatoire) alors que d'autres ne sont (et ne resteront) que des vices. L'encadrement est donc relatif puisqu'il ne transcrit qu'une relativisation partielle de la gravité des vices de forme.

### § 3 : UNE RÉGULARISATION SPÉCIFIQUE AUX ILLÉGALITÉS DE FORME ET DE PROCÉDURE

Il est vrai qu'en principe la régularisation s'applique indifféremment à la légalité interne et externe et n'était réellement connue que dans le domaine de l'urbanisme<sup>442</sup>. Il est vrai pourtant que l'article L. 600-9 du code de l'urbanisme prévoit une temporalité spécifique pour les illégalités de forme et de procédures puisqu'elles ne peuvent être régularisées que si elles ont eu lieu après le débat sur les orientations du projet d'aménagement et de développement durables. Toutefois, le Conseil d'État est récemment intervenu pour admettre une régularisation spécifique aux illégalités de forme et de procédure (A).

---

<sup>437</sup> CE, 31 mars 1995, *Commune de Saint-Bon la Tarentaise*, n° 139859.

<sup>438</sup> CE, 5 novembre 1948, *Nandou*, Lebon 524 ; CE, 5 juin 1991, *Association Amicale des magistrats et anciens magistrats de la Cour des comptes*, n° 76224.

<sup>439</sup> CE, 30 juin 1952, *Balenciaga*, Rec. CE, p. 340.

<sup>440</sup> CE, 25 novembre 1931, *Barthélemy*, Rec. CE, p. 1020.

<sup>441</sup> V. not. CE, 16 décembre 1994, *Beckert*, Rec. CE, table p. 748 : la mention de l'objet pour lequel est exercé un droit de préemption constitue une formalité substantielle dont la méconnaissance, dans la motivation de la décision, entache celle-ci de nullité ; CE, 27 avril 1998, *Benhabanne*, n° 165419 : irrégularité substantielle de l'arrêté d'expulsion, quand l'avis de la commission administrative n'est pas lui-même suffisamment motivé ; V. aussi la jurisprudence citée no 96 et 98 et s..

<sup>442</sup> V. infra p. 107 et s.

Toutefois, cette technique intervient à la jonction du stade de l'examen et de la sanction. La régularisation n'a pas pour effet de neutraliser le vice. Elle a pour objet de rétablir la légalité de l'acte. Ainsi, cette technique s'inscrit dans une logique positive à la différence de celles étudiées précédemment. Dès lors, ici, le vice est considéré comme une illégalité c'est-à-dire qu'il a été constaté comme suffisamment substantiel et qu'il peut éventuellement être sanctionné. Cela nous amènera à évoquer une autre jurisprudence qui a eu vocation à expliquer l'articulation entre le mécanisme général de la régularisation et la jurisprudence *Danthony* applicable aux illégalités de procédure (B).

### **A- L'introduction d'une régularisation spécifique aux vices de forme et de procédure : la jurisprudence *Émerainville***

« La régularisation n'est pas un concept nouveau ; mais c'est un concept encore flou »<sup>443</sup>. Elle représente d'ailleurs une « réalité jurisprudentielle encore méconnue »<sup>444</sup> bien que la doctrine recommence à s'y intéresser<sup>445</sup>.

Avant d'étudier en quoi la jurisprudence *Émerainville* est originale en ce qu'elle s'applique spécifiquement aux vices de forme et de procédure, il paraît nécessaire d'esquisser les contours de la notion de régularisation. Vincent Daumas la définit comme une « démarche tendant à rétablir la conformité de l'ordre juridique à la légalité, afin de sauvegarder les effets produits par un acte administratif entaché d'un vice, sans les modifier - sans les modifier, nous insistons tout particulièrement sur cet aspect de la définition, c'est-à-dire sans que le sens ou le dispositif de l'acte vicié soit en rien changé »<sup>446</sup>. Toutefois, il nous faut doublement distinguer la notion de régularisation. En premier lieu, la distinction s'opère entre la régularisation de l'acte qui désigne « l'opération consistant à purger un acte administratif, unilatéral ou contractuel, d'un vice qui l'entache, en vue de le laisser substituer »<sup>447</sup> et la régularisation d'une situation de fait qui correspond à la disparition de l'acte juridique vicié. Dans ce dernier cas, pour que la situation de fait que l'acte régissait ne soit remise en cause, l'administration peut adopter un nouvel acte.

En second lieu, il faut distinguer la régularisation *a priori* de la régularisation *a posteriori*. La première intervient en cours d'instance ou dans la décision de justice elle-même alors que la seconde intervient après le prononcé de la sanction. La régularisation poursuit les mêmes objectifs que les techniques relatives au principe de sécurité juridique ou celles inspirées par la volonté de rétablir la légalité d'un acte. Elle « apparaît comme une technique de plus, permettant soit d'éviter une

---

<sup>443</sup> DUTHEILLET DE LAMOTHE L. et ODINET G., « La régularisation, nouvelle frontière de l'excès de pouvoir », *AJDA* 2016 p. 1859.

<sup>444</sup> DAUMAS V. Concl. sur CE, Sect., 1er juillet 2016, commune d'Émerainville, n° 363047 et DAUMAS V., « La régularisation d'un acte illégal », *RFDA* 2017 p. 289.

<sup>445</sup> Sans prétendre à l'exhaustivité, citons, pour une étude d'ensemble mais relativement ancienne, la thèse de J.-J. ISRAËL., *La régularisation en droit administratif français - Étude sur le régime de l'acte administratif unilatéral*, LGDJ, 1981 ; pour des études ponctuelles plus récentes, WOEHLING J.-M., « Un aspect méconnu de la gestion administrative : la régularisation des procédures et décisions illégales », *Revue française d'administration publique*, n° 111, 2004, p. 533-546 ; LANGELIER E., VIROT-LANDAIS A., « Mérites et limites du recours à la régularisation des actes viciés », in *JCP Administration et Collectivités territoriales* n° 30-34, 27 juillet 2015, 2245)

<sup>446</sup> DAUMAS V., Concl. préc.

<sup>447</sup> BOUILLON H., « La régularisation d'un acte administratif après annulation conditionnelle : une technique en gestation », *AJDA* 2018 p. 142.

annulation contentieuse, soit d'en modérer les effets »<sup>448</sup>. Certains ont d'ailleurs pu critiquer cette technique puisqu'un « moratoire sur l'annulation n'est pas une annulation »<sup>449</sup>.

Cette régularisation n'est pas absente dans l'excès de pouvoir même si elle s'est plus largement développée dans le contentieux contractuel. C'est surtout dans le domaine de l'urbanisme qu'elle fut l'objet de plusieurs dispositions législatives<sup>450</sup>. Le juge n'est pourtant pas resté à l'écart de cette nouvelle technique. Dans le contentieux des titres exécutoires, le juge administratif a pu juger qu'en cas d'annulation d'un titre pour des motifs de forme ou de procédure, cette annulation n'implique pas nécessairement que l'administration rembourse immédiatement les sommes perçues sur son fondement, compte tenu de la possibilité d'une régularisation par l'émission d'un nouveau titre régulier<sup>451</sup>.

Le Conseil d'État dans sa décision *Émerainville* précise que « lorsque, après avoir pris une décision attribuant une subvention à une D..., l'administration constate que sa décision est entachée d'une irrégularité de forme ou de procédure, elle dispose de la faculté de régulariser le versement de cette subvention. Compte-tenu de cette faculté, l'annulation, par une décision juridictionnelle, d'une décision par laquelle l'administration a attribué une subvention à une D..., pour un motif d'irrégularité de forme ou de procédure, n'implique pas nécessairement que celle-ci soit immédiatement restituée à l'administration par l'association. L'administration peut ainsi, pour des motifs de sécurité juridique, régulariser le versement de la subvention annulée. La juridiction, saisie de conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à l'administration de recouvrer la subvention attribuée sur le fondement d'une décision annulée pour un motif d'irrégularité de forme ou de procédure, doit alors subordonner la restitution de la somme réclamée à l'absence d'adoption par l'administration, dans le délai déterminé par sa décision, d'une nouvelle décision attribuant la subvention »<sup>452</sup>. Cette faculté laisse à l'Administration la possibilité de régulariser pendant l'instance. Il s'agit donc d'une régularisation *a priori* qui s'exerce durant le stade d'examen (elle peut également s'inscrire dans le cadre d'une régularisation *a posteriori*, si elle n'est pas spontanée et est intégrée dans le dispositif de la juridiction<sup>453</sup>).

Cette faculté n'est donc ouverte qu'à l'égard des illégalités de forme et de procédure. D'ailleurs, le rapporteur public s'est interrogé afin de savoir quels seraient les critères pour effectuer cette régularisation. Réfutant le critère de la nature de l'acte, il précise qu'il est « certain » que c'est vers les « illégalités susceptibles de donner lieu à la régularisation »<sup>454</sup> qu'il fallait chercher. La conclusion à laquelle il arrive est une application favorisée pour les illégalités externes (même lorsqu'il s'agit de l'incompétence). Vincent Daumas affirme que les illégalités non régularisables sont celles qui ont « influencé le sens ou l'existence de l'acte ». A l'inverse, les illégalités régularisables seraient dans un champ plus large « l'ensemble constitué par les irrégularités de procédure dont les conséquences sur la légalité de l'acte peuvent être neutralisées en application de la jurisprudence *Danthony* ». Tel ne fut pas réellement la solution retenue par la Section du contentieux qui a préféré se soustraire à

---

<sup>448</sup> DAUMAS V, Concl. préc.

<sup>449</sup> LANTERO C., « Sécurité juridique et mutation des annulations platoniques », AJDA 2019, p. 1100.

<sup>450</sup> Art. 600-5 ; 600-5-1 et 600-9 du code de l'urbanisme.

<sup>451</sup> CE, Sect., 13 mars 2015, *Office de développement de l'économie agricole d'outre-mer (ODEADOM)*, n° 364612.

<sup>452</sup> CE, Sect., 1 juillet 2016, *commune d'Émerainville*, n° 363047; cons. 15.

<sup>453</sup> V. infra p. 116 et s.

<sup>454</sup> DAUMAS V., Concl. préc.

la régularisation des « irrégularités de forme et de procédure ». Certes, cette régularisation s'accomplit seulement dans le contentieux des subventions mais creuse toujours l'écart entre les illégalités de forme et de procédure et les autres. Cette solution se couple à celles qui semblent vouloir relativiser (encore) les vices voire les illégalités de forme et de procédure. D'ailleurs, une solution récente a précisé l'articulation de la technique de régularisation et de la jurisprudence *Danthony*. Cette articulation montre la difficulté du vice de procédure à parvenir, sans obstacle, à l'annulation de l'acte contesté.

## **B- Les précisions sur l'articulation entre la régularisation et la jurisprudence *Danthony* : la jurisprudence *Sempy***

La « Danthonysation » et la régularisation sont des techniques stabilisatrices de l'acte qui permettent d'éviter l'annulation. En cela, elles sont similaires. Toutefois, la logique d'évitement de l'annulation est différente. Alors que pour la première il s'agit de constater que certains vices ne peuvent devenir des illégalités en neutralisant la gravité de ceux-là (conception négative), la seconde constate que le vice est une illégalité mais rétablit le caractère illégal de cette dernière (conception positive). De cette manière, on peut voir que la Danthonysation est une technique qui précède celle de la régularisation. C'est ce que nous enseigne et consacre la jurisprudence *Sempy*<sup>455</sup>.

Revenons sur les faits et l'épisode jurisprudentiel. Le 10 février 2012, le conseil municipal de la commune de Sempy a approuvé sa carte communale. Le tribunal administratif de Lille saisi par un administré a, par jugement en date du 3 juillet 2014, annulé cette délibération ainsi que l'arrêté préfectoral du 16 avril 2012 approuvant ce document, au motif que le conseil municipal s'était prononcé sans que la chambre d'agriculture du Pas de Calais et la commission départementale des espaces agricoles aient été consultées, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 124-2 du code de l'urbanisme.

La commune a fait appel de ce jugement et a, afin de régulariser la procédure, produit en cours d'instance un avis de la chambre d'agriculture du 9 novembre 2014 et un autre de la commission départementale en date du 15 janvier 2015, avis sollicités postérieurement au jugement attaqué. La cour administrative d'appel de Douai a cependant rejeté cet appel estimant que ces avis ne permettaient pas de régulariser la procédure au regard des dispositions du 1<sup>o</sup> de l'article L. 600-9 du code de l'urbanisme.

Toutefois, saisi en cassation, le Conseil d'État<sup>456</sup> a censuré, pour erreur de droit, l'arrêt d'appel en jugeant que le vice dont était affectée la délibération était susceptible d'être régularisé en application de l'article L. 600-9 du code de l'urbanisme. La Haute juridiction a également précisé que, si la commune de Sempy avait spontanément pris l'initiative de solliciter la chambre d'agriculture, cet avis était défavorable et que seule une nouvelle délibération du conseil municipal confirmant la délibération attaquée, prise au vu de cet avis, était de nature à régulariser le vice relevé. Effectivement, constatant que l'avis émis par la CDCEA était favorable, l'absence de consultation de cet organisme n'a pas eu d'influence sur le sens de la délibération. A l'inverse, l'avis de la chambre agricole ayant été défavorable, l'omission de consultation a été susceptible d'exercer une influence

---

<sup>455</sup> CE, Sect., 22 décembre 2017, *Commune de Sempy*, n° 395963.

<sup>456</sup> *Ibid.*



sur le sens de la délibération dans la mesure où la carte communale entraînait la réduction d'espaces agricoles et naturels.

Ce vice n'était pas « danthonysable » et devenait alors une illégalité. Toutefois, assez grave pour ne pas être danthonysée, l'illégalité peut être régularisée ; voilà l'enseignement du Conseil d'État. Le Conseil d'État considère que l'absence d'avis de la chambre d'agriculture est une illégalité susceptible d'être régularisée sur le fondement de l'article L. 600-9 du code de l'urbanisme. S'il accepte de prendre en compte des éléments spontanément produits en vue de la régularisation, adressés pour la première fois en appel, il considère que la simple obtention de l'avis de cet organisme n'est pas suffisante. En effet, son caractère défavorable suppose qu'une nouvelle délibération, confirmant la délibération litigieuse, soit prise afin que le vice soit régularisé. Il laisse alors trois mois à la commune pour le faire.

Le requérant a alors demandé à la fois au tribunal administratif de Lille et au Conseil d'État d'annuler cette nouvelle délibération. Le Conseil d'État<sup>457</sup> confirme, tout d'abord, qu'il est compétent pour statuer sur la régularité de cet acte. Il se prononce ensuite sur les moyens susceptibles d'être utilement invoqués devant lui à l'encontre de la délibération de régularisation et précise à ce titre que les parties « peuvent, à l'appui de la contestation de l'acte de régularisation, invoquer des vices affectant sa légalité externe et soutenir qu'il n'a pas pour effet de régulariser le vice que le juge a constaté dans sa décision avant-dire droit. Elles ne peuvent soulever aucun autre moyen, qu'il s'agisse d'un moyen déjà écarté par la décision avant-dire droit ou de moyens nouveaux, à l'exception de ceux qui seraient fondés sur des éléments révélés par la procédure de régularisation ». Statuant au fond, il conclut que la délibération du 17 décembre 2018 régularise le vice dont était entachée la délibération du 10 février 2012 et juge par voie de conséquence que « le moyen tiré de ce que le conseil municipal de Sempy aurait approuvé la carte communale à l'issue d'une procédure irrégulière, faute de consultation préalable de la chambre d'agriculture, doit être écarté ».

Ainsi, « le Conseil d'État n'hésite pas à combiner des outils juridiques que le législateur (parfois relayé par la jurisprudence, comme dans l'arrêt *Danthony*) a conçus indépendamment les uns des autres pour leur faire produire tous leurs effets du point de vue de l'objectif recherché, à savoir la sécurité juridique »<sup>458</sup>. De ce maniement d'outils, on en déduit aussi une échelle des vices qui va du moins grave au plus grave : vice neutralisable, illégalité régularisable, illégalité non-régularisable. Ainsi, « les premiers, les plus véniels, passent, dans les conditions définies par la jurisprudence *Danthony*, sous les radars de l'annulation. Les deuxièmes sont suffisamment sérieux pour que le juge s'y arrête, sans être pour autant irréparables »<sup>459</sup>. Les troisièmes, quant à eux, résultent soit d'une absence de régularisation soit d'une impossibilité d'y recourir et se dirigent tout droit vers la sanction. Les vices de procédure semblent toujours plus cantonnés à rester dans la première catégorie alors que les vices de forme peinent légèrement moins à avancer plus loin. « Un vice non substantiel est si inoffensif qu'il n'a pas même besoin d'être régularisé. Le vice régularisable est certes bénin, car il n'a pas bouleversé l'économie générale de l'acte, mais il présente toutefois un

---

<sup>457</sup> CE, 29 juin 2018, *Commune de Sempy*, n° 395963.

<sup>458</sup> SOLER-COUTEAUX P., « En application de l'article L. 600-9 du code de l'urbanisme, l'administration peut spontanément régulariser un acte annulé et en communiquer les éléments au juge d'appel qui peut les accueillir sans surseoir à statuer », *RDI* 2018 p. 175.

<sup>459</sup> ROUSSEL S. et NICOLAS C., « Documents d'urbanisme : régulariser à tout prix », *AJDA* 2018 p. 272.

degré de gravité légèrement supérieur au vice non substantiel, sans quoi sa régularisation aurait même été superflue. Il paraît donc nécessaire de hiérarchiser le vice non substantiel et le vice bénin régularisable, tout en concédant que la frontière est indécidable et casuistique »<sup>460</sup>.

La relativisation des vices de procédure est donc complète, et celle des vices de forme ne reste que relative. Raymond Odent soulignait la justification de ce traitement en relevant que « les annulations pour vice de forme paraissent dans certains cas exagérément formalistes : elles ne satisfont souvent ni le juge, ni l'administration à laquelle elles font perdre du temps, car elle reprend généralement, après avoir observé les formes régulières, mais avec un retard considérable, les mesures qu'elle avait prises sans avoir respecté ces formes ». Cependant, il ajoutait en suivant que ces circonstances ne sauraient justifier une méconnaissance d'une règle de forme ou de procédure car, « d'une part, le respect des lois, des règlements, des principes du droit s'impose au juge administratif. D'autre part, ce sont souvent des règles de forme qui ont contraint l'administration à se conformer à des règles intéressant le fond du droit »<sup>461</sup>. Pourtant, la haute juridiction administrative, en pas commun avec le législateur, semble avancer toujours plus loin dans le processus de relativisation de ces cas d'ouverture. Certes, existe aussi une différence de degré de relativisation entre le vice de forme et le vice de procédure.

Fabrice Melleray constate à cet égard, pour le vice de procédure, qu'« on ne peut toutefois que constater que la combinaison entre la jurisprudence *Danthony*, qui limite la contestation des vices de procédure par voie d'action à ceux susceptibles d'avoir exercé en l'espèce une influence sur le sens de la décision et à ceux ayant privé les intéressés d'une garantie et l'arrêt d'assemblée du 18 mai 2018 [*CFDT finances*] conduit à grandement limiter l'incidence pratique du vice de procédure »<sup>462</sup>. Le Conseil d'État semble oublier que « la procédure est la sœur jumelle de la liberté »<sup>463</sup>. On espère donc que l'arrêt *CFDT finances* soit bien le « bouquet final »<sup>464</sup> qui clôture ce chemin vers une relativisation du vice de procédure. On peut en douter. D'une part, parce que le législateur comme le juge creuse davantage qu'autrefois la notion de régularisation qui semble propice au terrain de la légalité externe. D'autre part, parce que la décision *Société Eden*, injectant une plus grande part de subjectivisation de l'excès de pouvoir, pourra conduire les requérant à une « subsidiarisation » de la légalité externe. Effectivement, la possibilité laissée au requérant de hiérarchiser la cause juridique qu'il estime la plus pertinente peut conduire à un délaissement de la légalité externe au profit de la légalité interne car cette dernière serait plus apte à obtenir la sanction de l'acte. Et le vice d'incompétence ? Ce dernier, étant moyen d'ordre public, et même « subsidiarisé », sera alors soulevé par le juge d'office. Toutefois, cette hypothèse dépendra de la volonté des parties mais également de l'issue du litige vers laquelle ils veulent mener le juge. D'ailleurs, Sophie Roussel dans ses conclusions sur l'arrêt *Société Eden* précise que la faculté de hiérarchiser fera que « dans bien des cas, sans doute, la priorité sera donnée au fond sur la forme ». Elle ajoute que « cette hiérarchie ne sera alors que le reflet des intérêts des demandeurs, et l'on ne

---

<sup>460</sup> BOUILLON H., « La régularisation d'un acte administratif après annulation conditionnelle : une technique en gestation », *AJDA* 2018 p. 142.

<sup>461</sup> ODENT R., *op.cit.*, p. 432-433.

<sup>462</sup> MELLERAY F., « Requiem pour le vice de procédure ? », *AJDA* 2018 p. 1241.

<sup>463</sup> DELVOLVE P., *op. cit.* p. 665.

<sup>464</sup> ROUSSEL S. et NICOLAS C., *op. cit.* p. 1206.

pourra vous accuser de reléguer la légalité externe des actes administratifs au second plan »<sup>465</sup>. Ne serait-ce pas là une volonté de légitimer la subsidiarisation de la légalité externe par la volonté du requérant ? Ou serait-ce plutôt une façon de légitimer la volonté du juge administratif de placer la légalité externe au second plan de la légalité ?...

De ce fait, les vices de forme et de procédure peuvent être qualifiés de « vices neutres » car ils font l'objet d'une « présomption » d'absence de gravité. Les différentes techniques étudiées démontrent une relativisation de la gravité de ces vices. Ils peuvent ne rester que des vices, là où les vices de fonds sont toujours considérés comme des illégalités. Il en résulte une différence considérable avec les illégalités de fond, qui quant à elles ne se voient relativiser qu'exceptionnellement. Le dessin de la hiérarchie se poursuit alors.

## **SECTION 2 : DES PROCEDES JURIDIQUES EXCEPTIONNELS RELATIVISANT LA GRAVITE DES VICES DE FOND**

Les vices de fond ont depuis toujours été considérés comme particulièrement importants. Ils n'ont fait, à la différence des vices de légalité externe (sauf l'incompétence), que l'objet d'une relativisation exceptionnelle. Pour preuve, Benjamin Defoort parle même de « valorisation de la légalité interne » par opposition à la « relativisation de l'importance accordée à la légalité externe »<sup>466</sup>. Cette relativisation est exceptionnelle à deux égards : d'une part, les illégalités de fond ne font, en principe, l'objet d'aucune limitation spécifique (§ 1) (à la différence de la légalité externe) et d'autre part elles font l'objet d'une relativisation spécifique qui n'est que résiduelle (§ 2).

### **§ 1 : L'ABSENCE DE LIMITATION SPÉCIFIQUE À LA LÉGALITÉ INTERNE**

Si l'on a pu voir que l'incompétence, pourtant attrait à la légalité externe, faisait l'objet d'une exclusion des techniques relativisant la gravité des vices de légalité externe<sup>467</sup>, il en est de même pour la légalité interne. Effectivement, en l'état du droit positif, il n'existe pas de jurisprudence *CFDT finances* ou *Danthony* applicable spécialement à la légalité interne. Cette absence est justifiée par l'importance attribuée à la légalité interne qui touche la substance de l'acte (**A**). Elle est ensuite révélée par le fait que lorsqu'une relativisation s'applique à la légalité interne, elle est générale à tous les vices ; il n'existe donc, en principe, pas de limitation spécifique à la légalité interne (**B**).

#### **A- Une absence justifiée par l'admission de la gravité des vices de fond**

Tant le juge que le législateur ne se sont jamais tentés à relativiser spécifiquement les vices de fond. Dès lors, il s'agira d'y voir toujours, non des vices, mais de véritables illégalités en ce qu'elles sont toujours sanctionnables. Cette admission de la gravité des illégalités internes se justifie en premier

---

<sup>465</sup> ROUSSEL S., « Le requérant, le juge et la hiérarchie des demandes », *RFDA* 2019 p. 281.

<sup>466</sup> DEFOORT B., *op. cit.* p. 1071.

<sup>467</sup> V. *supra* p. 79 et s.

lieu par le fait qu'elles touchent la substance de l'acte, son contenu. Elles sont toutes intérieures à l'acte à la différence des vices de légalité externe. Leur impact sur la légalité de l'acte est ainsi considéré comme majeur. En second lieu, et conséquemment à cette première observation, la gravité s'exprime dans les conséquences de la chose jugée en ce que l'Administration ne peut pas, en principe, reprendre le même acte.

Chaque illégalité intégrée dans les cas d'ouverture de la légalité interne atteint la substance de l'acte. En cela, l'impact créé par l'illégalité interne est plus important que celui provoqué par un vice de forme ou de procédure. Tout d'abord, la violation directe de la règle de droit rend illégal le contenu de l'acte lui-même. La notion de règle de droit est entendue dans son acception la plus large comme désignant l'ensemble des normes (internes ou externes, écrites ou jurisprudentielles) s'imposant à l'administration. La notion de violation directe renvoie à une contrariété frontale avec une règle, par exemple qu'un décret autorise ce qu'une loi prohibe<sup>468</sup> ou qu'un décret viole un principe général du droit<sup>469</sup>. La contrariété avec une norme juridique supérieure entache la substance même de l'acte puisque l'acte administratif est contraire à la norme qui lui est supérieure.

Ensuite, en ce qui concerne les motifs de l'acte, on distingue généralement les erreurs de droit et les erreurs de fait. L'erreur de droit peut d'abord consister en l'application d'une norme qui était inapplicable ou même inexistante<sup>470</sup>. Nous incluons, à l'instar de René Chapus, le défaut de base légale comme erreur de droit<sup>471</sup>. Ainsi, lorsqu'un décret est pris sur la base d'une loi contraire au droit européen, il convient d'écarter cette loi et les décisions prises sur la base de ce décret se retrouvent dépourvues de base légale<sup>472</sup>. Elle peut enfin correspondre au fait que la norme servant de motif de droit à l'acte existe, soit valide, mais ait été mal interprétée par l'auteur de l'acte (par exemple ce fut le cas lorsque le garde des Sceaux s'est à tort cru lié par un avis du Conseil supérieur de la magistrature alors même qu'il s'agissait, à propos de la discipline des magistrats du parquet, d'un avis simple<sup>473</sup>). L'erreur matérielle des faits repose sur l'inexactitude ou l'inexistence des faits sur lesquels se fonde la décision<sup>474</sup>. C'est par exemple le cas d'une décision prise sur la demande de son destinataire, alors que celui-ci n'avait formulé aucune demande en ce sens<sup>475</sup>. Tout en sachant que le juge vérifie si les faits « sont de nature à justifier » la décision<sup>476</sup>. Les erreurs sont évidemment consubstantielles au contenu de l'acte lui-même.

Enfin, et c'est peut-être l'exemple le plus frappant, le détournement de pouvoir et de procédure. Le détournement de pouvoir désigne « le fait d'une autorité administrative qui, tout en accomplissant un acte de sa compétence, tout en observant les formalités prescrites, tout en ne commettant aucune violation formelle de la loi, use de son pouvoir pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été conféré, c'est-à-dire autres que la sauvegarde de l'intérêt général

---

<sup>468</sup> CE, 28 décembre 2005, *Union syndicale des magistrats administratifs*, n° 274527.

<sup>469</sup> CE, Ass., 24 mars 2006, *Sté KPMG et autres*, n° 288460.

<sup>470</sup> CE, 20 avril 2005, *Association « Triangle génération humanitaire »*, n° 267416.

<sup>471</sup> CHAPUS R., *Droit administratif général*, Montchrestien, t. 1, 2001, 15e éd., nos 1233 et s.

<sup>472</sup> CE, Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de la Défense c. Diop*, n° 212179 ; CE, 7 juin 2006, *Association AIDES et autres*, n° 285576.

<sup>473</sup> CE, Sect., 20 juin 2003, *Stiljinovic*, n° 248242.

<sup>474</sup> v. not. CE, 14 janvier 1916, *Camino*, Rec. p. 15.

<sup>475</sup> CE, 20 janvier, 1922, *Trépont*, Lebon 65.

<sup>476</sup> CE, 4 avril 1914, *Gomel*, n° 55125.

et le bien du service »<sup>477</sup>. Il correspond, par exemple, à l'expropriation destinée à permettre l'installation d'un centre hippique privé<sup>478</sup>. Le détournement de procédure quant à lui correspond au fait que l'Administration « a voulu, grâce à la procédure choisie, se soustraire à ces contraintes auxquelles l'exposait la procédure qu'elle savait être la seule adéquate »<sup>479</sup>. C'est évidemment le contenu de l'acte qui est affecté par le fait que le but de ce dernier est illégal. C'est d'ailleurs l'essence même de l'acte administratif qui est vicié, ce qui justifie pleinement une censure dont certains la qualifie d'« infâmante pour l'administration »<sup>480</sup>.

Les illégalités internes affectent donc pleinement le contenu de l'acte et justifient une reconnaissance de gravité certaine. Comme c'est le contenu l'acte qui est vicié, et non ce qui lui est extérieur, la censure par le juge d'une telle illégalité emporte des conséquences plus fortes que lorsqu'il censure une illégalité externe. Rappelons, que dans le cas d'une annulation les conséquences de la chose jugée varient en fonction de la nature de l'illégalité. S'il s'agit d'une illégalité interne, l'administration se trouve dans l'impossibilité d'édicter un nouvel acte au contenu identique. S'il s'agit d'une illégalité externe, l'administration pourra, en principe, selon une procédure régulière, reprendre le même acte. Dès lors, si « le litige a été clos », « le conflit perdure »<sup>481</sup> pour la légalité externe alors qu'il est possible de dire que le litige est clos, et que le conflit est éteint pour la légalité interne. En somme, la censure d'une illégalité interne a pour conséquence – en principe – de vider complètement le conflit et non seulement le litige. C'est d'ailleurs ce que relève François-Xavier Bréchet en affirmant qu' « il est hautement souhaitable que le juge vide le litige en retenant immédiatement un moyen de légalité interne qui lui paraît fondé ou en précisant, même très succinctement, que les moyens de légalité interne invoqués ne sont pas fondés, plutôt que de permettre à l'administration de reprendre une décision susceptible d'être atteinte du même vice de fond - nouvelle décision que le requérant ne manquera pas de soumettre au juge par un recours similaire qu'il faudra instruire et juger »<sup>482</sup>. Néanmoins, les illégalités externes peuvent subir comme toutes les illégalités une certaine relativisation.

## **B- Une absence révélée par la relativisation générale des vices**

Comme pour l'incompétence, lorsque les illégalités internes subissent une relativisation, elle est générale à tous les vices et se justifie soit parce que le législateur intervient pour faire obstacle au contrôle de l'illégalité (1), soit parce qu'elle fait l'objet d'une régularisation *a priori* (2), soit par l'inutilité de l'annulation (3) soit parce que des situations exceptionnelles justifient cette relativisation (4).

---

<sup>477</sup> HAURIOU M., *Précis de droit administratif*, Sirey, 11e éd., 1927 p. 419.

<sup>478</sup> CE, 4 mars 1964, *Veuve Borderie*, Rec. p. 157.

<sup>479</sup> CHAPUS R., *op. cit.*, n° 1245.

<sup>480</sup> MELLERAY F., « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation », in *Répertoire de contentieux administratif*.

<sup>481</sup> CHABANOL D., *Le juge administratif*, LGDJ, 1993, n° 60, p. 91.

<sup>482</sup> BRÉCHOT F.-X., « Pouvoir d'injonction et économie de moyens : une évolution qui se fait attendre », *AJDA* 2018 p. 398.

## **1- L'obstruction du contrôle de l'illégalité : les validations législatives**

Les illégalités internes ou externes (même l'incompétence<sup>483</sup>) peuvent être « couvertes » par une validation législative c'est-à-dire lorsque le législateur intervient pour valider, avant ou pendant le procès, un acte administratif. Le législateur a la possibilité de dispenser l'autorité administrative d'exécuter la chose jugée. Cette possibilité est néanmoins conditionnée tant par les exigences constitutionnelles que par celles qui découlent de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Au titre des exigences constitutionnelles, le législateur ne peut remettre en cause la chose jugée. Il lui est interdit « de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges »<sup>484</sup> ou plus généralement de les mettre à néant<sup>485</sup>. Il ne faut pas que l'acte sur lequel porte la loi de validation soit entaché d'inconstitutionnalité<sup>486</sup>. Le Conseil constitutionnel exige également que la validation soit strictement limitée pour ne pas empêcher tout contrôle de légalité<sup>487</sup>. En conséquence, la validation tend souvent à paralyser les conséquences de la chose jugée puisque les mesures prises sur le fondement ou à la suite de l'acte administratif annulé par le juge ne pourront pas être contestées par le moyen d'illégalité de cet acte.

La Cour européenne des droits de l'homme précise, quant à elle, que le pouvoir législatif n'est pas empêché de réglementer en matière civile, par des nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur. Elle ajoute que le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 § 1 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige. Le Conseil d'État opéra le même contrôle que celui du juge de Strasbourg<sup>488</sup>. D'ailleurs, une loi incompatible avec le droit au procès équitable permet aux justiciables de demander la réparation des préjudices subis sur le fondement de la responsabilité sans faute spécifique du fait des lois<sup>489</sup>. Le Conseil constitutionnel exigera lui aussi que le législateur poursuive un but d'intérêt général impérieux<sup>490</sup>.

De toutes ces exigences, les validations législatives se sont raréfiées. L'application d'une validation législative d'un acte entaché d'une illégalité interne (comme externe) reste donc toujours possible mais exceptionnelle.

## **2- Le rétablissement de la légalité : la régularisation a priori**

Rappelons que la régularisation *a priori* intervient en cours d'instance ou dans la décision de justice c'est-à-dire avant la prise de décision du juge (même lorsque celle-ci est différée par une décision avant dire droit exercée par le sursis à statuer). La régularisation s'étend de plus en plus dans le contentieux administratif. On pourrait retenir que la régularisation peut être opérée par le juge lorsqu'il exerce une substitution de base légale ou de motif. Toutefois, ces mécanismes sont propres

---

<sup>483</sup> V. supra p 81.

<sup>484</sup> Cons. const., 22 juillet 1980, n° 80-119 DC *Loi portant validation d'actes administratifs*.

<sup>485</sup> Cons. const., 29 décembre 2005, n° 2005-531 DC *Loi de finances rectificatives pour 2005*.

<sup>486</sup> Cons. const., 19 novembre 1997, n° 97-390 DC *Loi organique relative à la fiscalité applicable en Polynésie française*.

<sup>487</sup> Cons. const., 21 décembre 1999, n° 99-422 DC *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*.

<sup>488</sup> CE, 23 juin 2004, *Sté Laboratoires Genevrier*, n° 257797.

<sup>489</sup> CE, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n° 279522.

<sup>490</sup> Cons. const., 14 févr. 2014, n° 2013-366 QPC, *SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Majflow France*.

à la légalité interne<sup>491</sup>. La régularisation a toutefois été étendue à toutes les illégalités. Cette consécration s'est déroulée, en contentieux de l'excès de pouvoir, dans un secteur déterminé : l'urbanisme. Ce sont les articles L. 600-5-1 et L. 600-9 qui intègrent dans le droit positif une possibilité de régularisation *a priori*.

L'article L. 600-5-1 est intégré par une ordonnance du 18 juillet 2013<sup>492</sup> et dispose aujourd'hui que « 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 ». Cet article concerne donc la régularisation des autorisations d'urbanisme alors que l'article L. 600-9, intégré par une loi du 24 mars 2014<sup>493</sup>, correspond à la régularisation des documents d'urbanisme<sup>494</sup>. Ce dernier, illustre toutefois une différence entre les illégalités internes et externes. Effectivement, le 1<sup>o</sup> de l'article L. 600-9 se présente pour les cas où c'est une illégalité interne qui doit être régularisée alors que le 2<sup>o</sup> s'applique spécifiquement aux illégalités externes. Toutefois, « dans le cas où la régularisation d'un vice de forme ou de procédure a pour conséquence une modification du fond de la décision, celle-ci doit être conduite dans le cadre de la procédure de modification à laquelle le 1<sup>o</sup> de l'article L. 600-9 renvoie »<sup>495</sup>.

On voit bien que la lettre de ces articles n'exclut pas la régularisation pour les illégalités internes ou externes. Autrement dit, le législateur a souhaité relativiser la gravité de tous les vices. En cela, il a abaissé la gravité de toutes les illégalités susceptibles de faire l'objet d'une régularisation qu'elles relèvent de la légalité externe ou de la légalité interne. Néanmoins, pour savoir ce qu'est une illégalité régularisable, Henri Bouillon précise que « la première distinction qui s'impose pour séparer les illégalités régularisables de celles qui ne le sont pas est la distinction des illégalités internes – non régularisables – et des illégalités externes – régularisables »<sup>496</sup>. Néanmoins, il relève rapidement que « cette première distinction paraît insuffisante ». Il y ajoute le caractère « bénin » de l'illégalité qui peut alors y intégrer éventuellement les illégalités internes bénignes qui ne touchent pas à l'essence ou l'existence de l'acte. En d'autres termes, le législateur a créé des possibilités de régulariser à la fois les illégalités internes et externes, même si l'application de ces mécanismes s'emploie régulièrement pour la légalité externe.

---

<sup>491</sup> V. supra p. 111 et s.

<sup>492</sup> Art. 2 de l'Ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme.

<sup>493</sup> Art. 137 de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.

<sup>494</sup> Art. L. 600-9 du code de l'urbanisme : « Si le juge administratif, saisi de conclusions dirigées contre un schéma de cohérence territoriale, un plan local d'urbanisme ou une carte communale, estime, après avoir constaté que les autres moyens ne sont pas fondés, qu'une illégalité entachant l'élaboration ou la révision de cet acte est susceptible d'être régularisée, il peut, après avoir invité les parties à présenter leurs observations, surseoir à statuer jusqu'à l'expiration du délai qu'il fixe pour cette régularisation et pendant lequel le document d'urbanisme reste applicable, sous les réserves suivantes »)

<sup>495</sup> ROUSSEL S. et NICOLAS C., « Documents d'urbanisme : régulariser à tout prix », *AJDA* 2018 p. 272.

<sup>496</sup> BOUILLON H., « La régularisation d'un acte administratif après annulation conditionnelle : une technique en gestation », *AJDA* 2018 p. 142.

D'ailleurs, il est parfois des situations où le juge a accepté la régularisation avec de plus en plus de souplesse. Par exemple, il était admis qu'un permis modificatif ne pouvait être accordé que si le permis de construire initial était encore valide. Cela impliquait que le permis ne devait pas être caduc, mais également que les travaux autorisés ne devaient pas être achevés<sup>497</sup>. Or, le Conseil d'État a ensuite prévu que l'article L. 600-5-1 ne subordonnait pas, « par principe, la faculté de régularisation à la condition que les travaux autorisés par le permis de construire initial n'aient pas été achevés » et qu'il appartenait donc au juge administratif d'apprécier si la régularisation était possible « eu égard à la nature et à la portée du vice entraînant l'illégalité du permis »<sup>498</sup>. Toutefois, au vu de la « nature » et de la « portée du vice », il est permis de penser que la régularisation trouvera un terrain plus fertile dans la légalité externe plutôt que dans la légalité interne. Cette possibilité faisait partie des propositions de la commission *Maugüe, Propositions pour un contentieux de l'urbanisme plus rapide et plus efficace*<sup>499</sup>. La loi ELAN<sup>500</sup> a désormais inscrit cette possibilité à l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme en prévoyant que la régularisation pouvait être réalisée « même après l'achèvement des travaux ». De surcroît, les préoccupations de sécurité juridique étant accrues au fil du temps, la loi ELAN a intégré une obligation pour le juge de procéder à la régularisation dès qu'il l'estime possible alors qu'il s'agissait autrefois d'une faculté<sup>501</sup>.

Nos propos restent brefs, mais dégagent le fait que les diverses dispositions du code de l'urbanisme relatives à la régularisation *a priori* ne font aucune distinction entre la légalité interne et externe. Le juge les mobilise essentiellement à l'égard des illégalités externes, même s'il reste possible qu'il en use pour les illégalités internes.

### ***3- L'annulation inutile : l'inopérance en cas de situation de compétence liée***

L'annulation peut se révéler parfois inefficace en ce que même vicié, l'acte en cas de compétence liée, devait être pris par l'Administration. Cette affirmation se vérifie pour la légalité externe puisque par exemple lorsque l'Administration a l'obligation de prendre un acte en vertu d'une compétence liée, le moyen tiré du vice de forme est inopérant et l'acte ne peut pas être annulé<sup>502</sup>. Cette observation se remarque pour tous les vices. Quand l'existence d'une certaine situation – ce qui suppose une simple constatation des faits, sans aucune appréciation – rend obligatoire l'adoption de telle ou telle mesure, tout autre contrôle devient inutile<sup>503</sup>. En ce cas, le juge se refuse à censurer la décision prise<sup>504</sup>. Par exemple, pour les erreurs relatives aux motifs le juge se refuse à censurer la décision prise pour l'abrogation d'un règlement illégal alors même que l'abrogation aurait été prononcée pour un motif erroné en droit<sup>505</sup>. Il constate l'inopérance des moyens relatifs à l'exactitude matérielle des faits ou à l'erreur de droit<sup>506</sup>. Cette possibilité de déclarer inopérant le

---

<sup>497</sup> V. pour une application relative à la mise en œuvre de l'article L. 600-5 : CE, 1er octobre 2015, *M. B. et Mme. A.*, n° 374338 ; pour une extension à l'article L. 600-5-1 : CE, 30 décembre 2015, n° 375276.

<sup>498</sup> CE, 22 février 2017, *Mme Bonhomme et autres*, n° 392998.

<sup>499</sup> [http://www.cohesionterritoires.gouv.fr/IMG/pdf/2018.01.11\\_rapport\\_contentieux\\_desautorisations\\_d\\_urbanisme.pdf](http://www.cohesionterritoires.gouv.fr/IMG/pdf/2018.01.11_rapport_contentieux_desautorisations_d_urbanisme.pdf).

<sup>500</sup> Art. 80 de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique.

<sup>501</sup> CE, 28 décembre 2017, *Association Présences des terrasses de la Garonne*, n° 402362.

<sup>502</sup> V. par ex. CE, 28 juin 1996, *Ministre Éducation nationale c/ Raoof*, n° 135433.

<sup>503</sup> V. par ex. CE, Sect., 3 février 1999, *Montaignac*, n° 149722, 152848.

<sup>504</sup> CE, Sect., 1er juillet 1977, *Ministre Agriculture c/ Hublart*, Rec. p. 301 : alors même que l'acte aurait été fondé sur un « second motif erroné en droit ».

<sup>505</sup> V. par ex., CE, Sect., 6 novembre 1959, *Coopération Laitière de Belfort*, Rec. p. 581.

<sup>506</sup> CE, 12 novembre 1976, *Commune d'Élancourt*, Rec. p. 1071.



moyen peut même concerner le détournement de pouvoir<sup>507</sup>, même si en principe cette illégalité se déploie plus sereinement sur le terrain du pouvoir discrétionnaire.

#### **4- La tolérance de l'illégalité justifiée par des situations exceptionnelles**

Dans des situations particulières les illégalités peuvent être tolérées. Montaigne nous enseignait déjà que « l'usage des peuples les plus libres qui aient jamais été sur la terre, me fait croire qu'il y a des cas où il faut mettre pour un moment un voile sur la liberté, comme l'on cache les statues des dieux »<sup>508</sup>. Le voile, qu'il soit issu d'un texte ou de la jurisprudence, couvre alors l'illégalité.

En ce qui concerne les textes, il est possible de différencier les situations prévues par la Constitution et celles prévues par la loi. L'article 16 de la Constitution, lorsqu'il est mis en application, permet au président de la République de prendre les mesures exigées par les circonstances en vue d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Rappelons néanmoins, que seules certaines mesures prises intervenues dans le domaine réglementaire relèvent du contrôle du juge<sup>509</sup>. Il peut s'agir aussi de la mise en place de l'état de siège prévu par l'article 36 de la Constitution qui pourrait permettre d'assouplir les exigences de légalité des actes. Les assouplissements les plus récents et les plus pertinents se trouvent dans l'application de l'état d'urgence, qui quant à lui n'est prévu que par dispositions législatives<sup>510</sup>. L'état d'urgence a aussi su montrer que la tolérance des illégalités s'illustre de deux manières : les illégalités même graves peuvent être tolérées au vu des circonstances exceptionnelles de l'espèce mais également par le biais d'un assouplissement du contrôle du juge justifié par ces mêmes circonstances. Par exemple, est soumise au contrôle restreint une mesure d'interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie<sup>511</sup>. Notons toutefois que le juge administratif a, semble-t-il, renforcé son contrôle depuis lors<sup>512</sup>.

En ce qui concerne la jurisprudence, le juge a construit une théorie jurisprudentielle permettant de tolérer certaines illégalités. Effectivement, la théorie des circonstances exceptionnelles traduit que « dans des circonstances exceptionnelles, les autorités administratives peuvent prendre des mesures d'extrême urgence en vue de pourvoir aux nécessités du moment »<sup>513</sup> et ne pas voir systématiquement, leur décision annulée (ce qui aurait été le cas en période normale). Sans qu'il soit nécessaire d'ajouter des exemples, il est aisé de constater que dans ces circonstances, même les illégalités les plus graves peuvent être tolérées. Néanmoins, la gravité de l'illégalité commise doit être proportionnelle au degré du caractère exceptionnel des circonstances. On peut également percevoir pour les illégalités internes une relativisation spécifique et résiduelle en ce qu'elle ne s'applique pas à toutes les illégalités internes.

---

<sup>507</sup> CE, 11 janvier 1935, *Gras*, Lebon 40 ; CE, 17 juillet 1953, *Constantin*, Lebon 381 ; CE, 16 janvier 1959, *Ministre de la Santé publique c. Westermayer*, Lebon 43 ; CE, 25 novembre 1959, *Dame Veuve Frère*, Lebon 622 ; CE, 11 mai 1960, *Compagnie d'assurance « La Prévoyance »*, Lebon 318 ; CE, 17 mars 1976, *Moreau*, Lebon T 1071.

<sup>508</sup> MONTAIGNE, *De l'esprit des lois*, livre XII, chap. 19.

<sup>509</sup> CE, Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, n° 55049, 55055.

<sup>510</sup> Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

<sup>511</sup> CE, 25 juillet 1985, *Mme Dagostini*, n° 68151.

<sup>512</sup> V. not. CE, Sect., 11 décembre 2015, *COP 21*, n°395009.

<sup>513</sup> CE, 4 juin 1947, *Entreprise Chemin*, Rec. p. 246.

## § 2 : L'ADMISSION RÉSIDUELLE D'UNE RELATIVISATION SPÉCIFIQUE À LA LÉGALITÉ INTERNE

Le juge administratif a élaboré plus ou moins récemment des techniques juridiques permettant de rétablir la légalité d'un acte vicié par un vice de légalité interne. Ils ont pour effet de consolider l'acte afin de le rendre légal. Elles sont donc dans une logique positive puisqu'elles viennent rétablir la légalité, là où la plupart des techniques relatives aux vices de forme et de procédure sont dans une logique négative puisqu'elles ont pour objet de neutraliser l'illégalité. Ces techniques restent résiduelles en ce qu'elles ne s'appliquent pas à toutes les illégalités internes et qu'elles sont très conditionnées. Il s'agit de la correction des motifs (A) et de la substitution de base légale (B).

### A- La correction des motifs

Le juge administratif accepte depuis longtemps de corriger les motifs des décisions contestées devant lui. Le juge pénètre alors au cœur de l'appréciation portée par l'autorité compétente avec prudence. Le juge peut alors, dans le cadre du contrôle des motifs de l'acte litigieux, choisir de confirmer ce dernier, indépendamment des motifs erronés qui avaient conduit l'administration à agir.

Cette correction peut, en premier lieu, consister à écarter les motifs illégaux et à ne retenir que ceux légalement avancés par l'autorité administrative grâce à la jurisprudence *Perrot*<sup>514</sup>. Cette décision met un terme à la jurisprudence antérieure<sup>515</sup> selon laquelle le juge administratif estimait que chacun des motifs d'une décision était présumé déterminant. Isabelle de Silva, dans ses conclusions sur l'arrêt *Hallal*, précise que cette lignée jurisprudentielle « manifeste votre souci de ne pas opérer un lien absolu et automatique entre l'illégalité entachant l'un des éléments de la décision – en l'occurrence un motif d'une décision en comportant plusieurs – et la légalité elle-même »<sup>516</sup>. Désormais, grâce à la jurisprudence *Perrot*, le juge, après avoir fait le constat de l'illégalité d'un des motifs d'une décision, recherche si l'administration aurait pris la même décision en ne se fondant que sur les autres motifs (présumés légaux). Toutefois, si aucun motif n'est fondé ou si les motifs légaux ne suffisent pas à eux seuls le maintien de la décision, l'annulation est prononcée<sup>517</sup>.

Néanmoins, le Conseil d'État dans un arrêt de Section *URSSAF du Jura*<sup>518</sup> a précisé que l'Administration ne peut, hors le cas de compétence liée, invoquer devant le juge administratif un motif qui serait de nature à justifier légalement sa décision, mais qui ne figurait pas dans les motifs explicites qu'elle a donnés à l'acte. L'évolution était souhaitée sur ce point car lorsque l'Administration s'est fondée sur un motif erroné, en droit ou en fait, elle peut reprendre la même décision, sans violer l'autorité de la chose jugée, dès lors qu'elle ne méconnaît pas les motifs qui sont le support nécessaire du jugement d'annulation. Isabelle de Silva interrogeait alors : « Dans le cas où l'administration peut légalement reprendre une décision identique à celle qui fait l'objet du

---

<sup>514</sup> CE, Ass., 12 janvier 1968, *Ministre Economie et Finances c/ Perrot*, n° 72646.

<sup>515</sup> CE, 14 janvier 1948, *Canavaglia*, p. 18 ; CE, Ass. 29 avril 1949, *Carran* ; CE, Ass. 29 octobre 1954, *Rougier*.

<sup>516</sup> SILVA (De) I., Concl. sur CE, Sect., 6 février 2004 *Hallal*, n° 240560, Lebon p. 52.

<sup>517</sup> CE, 10 janvier 1979, *Société transport Gasc et fils*, Rec. p. 855 ; CE, 11 mai 1987, *Tran Quang*, p. 165.

<sup>518</sup> CE, Sect., 22 juillet 1976, *Ministre du travail c/ Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales du Jura*, N° 96526.

recours, pourquoi ne pas vider le litige devant le juge en admettant de substituer un nouveau motif, légal, au motif erroné ? »<sup>519</sup>.

La correction des motifs est plus ambitieuse lorsqu'en second lieu, le juge opère une substitution de motifs. Plusieurs obstacles se dressaient contre la reconnaissance d'un office ainsi complété dont notamment la prohibition du juge administrateur ou l'atteinte à des garanties pour le justiciables. Le Conseil d'État, dans son arrêt de section *Hallal* surmonte ces obstacles (comme l'avait d'ailleurs indiqué le rapporteur public) et affirme que « l'administration peut, en première instance comme en appel, faire valoir devant le juge de l'excès de pouvoir que la décision dont l'annulation est demandée est légalement justifiée par un motif, de droit ou de fait, autre que celui initialement indiqué, mais également fondé sur la situation existant à la date de cette décision ; qu'il appartient alors au juge, après avoir mis à même l'auteur du recours de présenter ses observations sur la substitution ainsi sollicitée, de rechercher si un tel motif est de nature à fonder légalement la décision, puis d'apprécier s'il résulte de l'instruction que l'administration aurait pris la même décision si elle s'était fondée initialement sur ce motif ; que dans l'affirmative il peut procéder à la substitution demandée, sous réserve toutefois qu'elle ne prive pas le requérant d'une garantie procédurale liée au motif substitué »<sup>520</sup>.

Le Conseil d'État a donc pris soin d'encadrer cette technique juridique visant à rétablir la légalité d'un acte. En premier lieu, le recours à la substitution de motif (de droit ou de fait mais fondé sur la situation existant à la date de cette décision) n'est pas un pouvoir à l'initiative du juge mais à celle de l'Administration, qui peut (et non qui doit) le faire. En second lieu, le juge administratif nous explique le déroulement de l'application de cette technique. Tout d'abord, il doit informer le requérant et lui permettre de présenter ses observations. Il doit ensuite rechercher si ce motif peut légalement fonder la décision. Le juge administratif doit enfin apprécier si, avec ce nouveau motif, l'Administration aurait pris la même décision qu'avec celui erroné. Si tel n'est pas le cas, la substitution ne peut s'appliquer. Dans le cas contraire, et à la condition que cette substitution ne prive pas l'intéressé d'une garantie, le juge pourra recourir à la substitution de motif. Notons toutefois que le juge « *peut* procéder à la substitution demandée »<sup>521</sup> et donc qu'il n'a aucune obligation d'y recourir même lorsque les conditions sont respectées<sup>522</sup>. Ainsi, même substituable, l'illégalité peut paraître aux yeux du juge trop grave et mériter, dès lors, une sanction juridictionnelle. Le juge conserve ainsi une marge de manœuvre.

Remarquons qu'alors que c'est la substantialité des vices de légalité externe (sauf incompétence) qui peut être conditionnée par des techniques juridiques, ici il s'agit de conditionner le recours à la technique juridique même. Le résultat n'est pas identique. Alors que dans le premier cas, notamment pour le vice de procédure, le vice peut le rester sans arriver sur le terrain de l'illégalité ; dans le second quel que soit le vice il sera constaté comme une illégalité qui pourra, le cas échéant, ne pas être sanctionnée. La logique semble plus clémentaire avec les vices de fond. De surcroît, le juge sépare bien les techniques juridiques en fonction de la nature des vices puisque la substitution de motifs ne peut être demandée pour un vice de forme. L'administration ne peut utilement demander la substitution au motif illégal retenu par la décision contestée d'autres motifs dès lors

---

<sup>519</sup> SILVA (De) I., Concl. préc.

<sup>520</sup> CE, Sect., 6 février 2004, *Hallal*, n° 240560.

<sup>521</sup> Nous avons mis en italique.

<sup>522</sup> V. par ex. CE, 26 avril 2017, *EURL 2B*, n° 400457.

que la décision n'est pas illégale pour un vice tenant aux motifs qui la fondent mais pour une irrégularité de forme<sup>523</sup>.

Ainsi, le Conseil d'État accepte d'ajouter un nouveau pouvoir à sa palette : celui de la réformation de l'acte. Toutefois, ce nouveau pouvoir ne peut être utilisé qu'en respectant plusieurs critères. La technique juridique est donc encadrée. La logique de l'excès de pouvoir selon laquelle le juge ne peut qu'annuler ou de pas annuler s'est donc trouvée relativisée en ce sens qu'il peut désormais réformer l'acte (pouvoir que l'on attribue généralement au juge de plein contentieux). Cette volonté de renforcer l'office du juge n'est pourtant pas implicite puisqu'Isabelle de Silva précisait dans ses conclusions que « la substitution de motifs n'est qu'une des techniques de confirmation ou de réfection de l'acte administratif, par lesquelles le juge de l'excès de pouvoir détermine les conséquences qu'il doit tirer d'une illégalité. La tâche du juge de l'excès de pouvoir ne se borne pas à détecter des violations de la légalité et à en déduire automatiquement que la décision viciée doit être annulée : le juge recourt à toute une palette de solutions ou de mécanismes qui peuvent le conduire à confirmer finalement la décision en rejetant le recours »<sup>524</sup>. Ce pouvoir de réformer l'acte s'observe aussi lorsque le juge substitue la base légale de l'acte.

## **B- La substitution de base légale**

Le Conseil d'État dans son arrêt *El Bahi*<sup>525</sup> ancre dans son office la substitution de base légale qui « revient à substituer au fondement légal sur lequel a cru pouvoir s'appuyer l'autorité administrative une autre base légale qui permettrait à cette autorité de prendre légalement la même décision ; elle est en principe jugée possible par votre jurisprudence sous certaines conditions »<sup>526</sup>. Toutefois, avant cet arrêt la substitution de base légale n'était pas étrangère au contentieux administratif<sup>527</sup>.

L'arrêt *El Bahi* vient ancrer explicitement les conditions de mise en œuvre d'une substitution de base légale et surtout, précise qu'elle peut se faire d'office. Le Conseil d'État établit donc un principe de substitution de base légale directement intégré dans son office selon lequel lorsque le juge « constate que la décision contestée devant lui aurait pu être prise, en vertu du même pouvoir d'appréciation, sur le fondement d'un autre texte que celui dont la méconnaissance est invoquée, le juge de l'excès de pouvoir peut substituer ce fondement à celui qui a servi de base légale à la décision attaquée, sous réserve que l'intéressé ait disposé des garanties dont est assortie l'application du texte sur le fondement duquel la décision aurait dû être prononcée ; qu'une telle substitution relevant de l'office du juge, celui-ci peut y procéder de sa propre initiative, au vu des pièces du dossier, mais sous réserve, dans ce cas, d'avoir au préalable mis les parties à même de présenter des observations sur ce point ».

Le Conseil d'État vient donc consacrer le principe selon lequel le juge de l'excès de pouvoir peut procéder à une substitution de base légale. Il encadre toutefois, comme pour la substitution de motif, cette technique à des conditions. Le juge administratif ne peut recourir à la substitution de

---

<sup>523</sup> CE, 31 mars 2010, *Madame Delasara*, n° 306122.

<sup>524</sup> SILVA (De) I., Concl. préc.

<sup>525</sup> CE, Sect., 3 décembre 2003, *préfet de la Seine-Maritime c. El Bahi*, n° 240267.

<sup>526</sup> STHAL J.-H., Concl. sur CE, sect., 3 décembre 2003, *préfet de la Seine-Maritime c. El Bahi*, n° 240267, Lebon p. 486.

<sup>527</sup> V. par ex. CE, Sect., 21 mars 1975, *Ministre des finances c/ Sieur X*, n° 85496 ; CE, Sect., 1<sup>er</sup> octobre 1999, *Association pour l'unification du christianisme mondial*, n° 170598.

base légale que si cette substitution place l'administration dans un même pouvoir d'appréciation. De surcroît, il faut que l'intéressé ait bénéficié des garanties prévues par le texte éventuellement substitué. La haute juridiction administrative exprime explicitement que le juge administratif peut procéder à la substitution de base légale de sa propre initiative puisque cette faculté relève de son office. Jacques-Henri Stahl précisait d'ailleurs dans ses conclusions que cette possibilité de procéder à une substitution de base légale d'office n'était pas étrangère au contentieux administratif<sup>528</sup>. Il ajoutait alors que le juge administratif procédait ainsi parce qu'« il est de [son] devoir de mesurer si l'illégalité doit ou non conduire à l'annulation d'une décision administrative »<sup>529</sup>. On remarque alors qu'en l'espèce, l'illégalité interne est une véritable illégalité et non un vice puisque le juge constate le vice, mais ne s'interroge que sur son caractère sanctionnable. Désormais, lorsque ces conditions sont réunies, le juge commet une erreur de droit s'il ne procède pas d'office à la substitution de base légale<sup>530</sup>. Le juge administratif ne peut néanmoins relever de sa propre initiative que si cette possibilité ressort des pièces du dossier et a l'obligation d'en informer les parties<sup>531</sup>. Toutefois, si le juge doit le relever d'office, il n'est pas obligé d'appliquer la substitution de base légale qui reste toujours une possibilité ouverte au juge<sup>532</sup>.

La légalité interne surplombe donc la légalité externe (sauf l'incompétence). Les vices de fond sont d'ailleurs toujours des illégalités, ce qui n'est pas le cas des vices de forme et de procédure. La relativisation de la légalité interne est exceptionnelle : soit parce que les techniques relativisant la gravité de ces illégalités est conditionnée, soit parce qu'elle s'applique à tous les vices.

\* \* \*

Au stade de l'examen, la hiérarchisation – matérialisée par les diverses techniques juridiques étudiées – se manifeste clairement et mène à une hiérarchie. On peut donc dire que les illégalités internes sont plus graves que les vices externes (sauf l'incompétence), même si elles peuvent être relativisées. Cela se remarque d'ailleurs dans le sens où le vice de fond n'est qu'illégalité. Au même stade, se trouve les illégalités de formes et de procédure substantielles. Toutefois, l'illégalité de forme et de procédure sera plus encline à être régularisée. Dès lors, elles peuvent être classées légèrement plus bas dans l'échelle de la gravité des illégalités. Viennent en suivant, les vices de forme et de procédure qui ne peuvent être qualifiés de substantiels et qui donc ne franchissent pas le stade de l'illégalité. Autrement dit, on peut dire qu'il existe une hiérarchie entre (du plus grave au moins grave) : les illégalités non-régularisables, les illégalités régularisables et les vices neutralisables. Dans un cadre plus général, on peut affirmer que la graduation de la gravité permet le constat d'une forte relativisation des vices de forme et de procédure et d'un maintien des illégalités internes. C'est surtout le vice de procédure qui semble rester sur le côté. Hier « parent pauvre de l'évolution du

---

<sup>528</sup> STHAL J.-H., Concl. préc. Celui-ci précise que « puisqu'elle ne fait, croyons-nous, que traduire la ligne de la jurisprudence même s'il faut reconnaître que cette ligne demeure, le plus souvent, implicite et sous-jacente » (V. CE, Sect., 8 mars 1957, *Rozé et autres*, Lebon p. 147 ; CE, Sect., 9 décembre 1983, *Gasparini*, Lebon p. 495 ; CE, Ass., 8 avril 1987, *Procopio*, n° 79840 ; CE, 26 février 2001, *Mme Fadiadji*).

<sup>529</sup> STHAL J.-H., Concl. préc.

<sup>530</sup> CE, 31 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c. Nassiri*, n° 367306.

<sup>531</sup> C'est une exigence du principe du contradictoire : CE, 12 mars 2012, *Mme Mimiran*, Lebon 802.

<sup>532</sup> Le juge administratif avait déjà renoncé à appliquer une telle technique alors même que les conditions semblaient remplies : v. par ex. CE, Ass., 24 juin 1960, *Société Frampar et Société France Edition et Publications*, n° 42289 ; CE, 13 décembre 1991, *Préfet de l'Hérault c/ Dakoury*, n° 120560.

pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation »<sup>533</sup>, celui-ci est aujourd'hui un cas d'ouverture voué sinon à la disparition à tout le moins au déclin<sup>534</sup>.

Ainsi, on peut qualifier de façon globale les illégalités internes de « vices privilégiés » en ce sens qu'il n'existe qu'une très faible relativisation de leur gravité parce qu'elles sont considérées comme particulièrement graves. Elles se situent en deçà des vices « super-privilégiés » qui détiennent, à la différence des autres, un régime juridique avantageux. Les illégalités internes se situent au-dessus des vices « neutres », représentés par les vices de forme et de procédure, qui peuvent être qualifiés ainsi en ce sens que le droit a progressivement déprécier leur valeur.

Certains s'en réjouiront sans doute au nom de la promotion de la sécurité juridique et de la lutte contre un formalisme inutile souvent dénoncé. D'autres, lecteurs d'Hauriou, songeront peut-être à cette appréciation : « il faut se rendre compte que les formalités de procédure constituent, avec la détermination précise des compétences, la principale condition de l'ordre et de la modération dans l'exercice du pouvoir administratif »<sup>535</sup>. Cette graduation de la gravité s'est également poursuivie dans le stade de la sanction, dans laquelle on peut aussi voir une hiérarchisation matérialisée par la mobilisation de techniques juridiques.

---

<sup>533</sup> LABETOULLE D., *op. cit.*, p. 479.

<sup>534</sup> MELLERAY F., *op. cit.* p. 1241.

<sup>535</sup> HAURIOU M., *op. cit.*, p. 419.

## CHAPITRE 2 : UNE GRADUATION EXPRIMANT UNE HIERARCHISATION DES ILLEGALITES AU STADE DE LA SANCTION DE L'ACTE

---

Pour qu'un vice devienne illégalité il faut que le juge l'ait considéré comme suffisamment grave et donc qu'il devienne sanctionnable. Autrefois la logique de l'excès de pouvoir commandait que le moindre vice entraîne la censure de l'acte. Tel n'est plus le cas aujourd'hui. Néanmoins, au stade de la sanction, tous les vices sont des illégalités dans la mesure où ceux qui ne le deviennent pas ne parviennent pas à cette étape du raisonnement juridictionnel. Au surplus des techniques étudiées au stade de l'examen, le juge de l'excès de pouvoir a développé des alternatives à une annulation totale de l'acte illégal. Les différentes possibilités qui s'offrent désormais au juge de l'excès de pouvoir dévoilent un constat de la différence de gravité qu'il octroie à l'illégalité.

Remarquons que l'issue du litige semble plus encadrée qu'auparavant, dans la mesure où le juge sera désormais obligé de prendre en compte l'éventuelle hiérarchie mise en place par le requérant<sup>536</sup>. La faculté de hiérarchie, issue de la décision *Société Eden*, peut bouleverser l'issue du litige en ce sens que cette priorisation peut amener le juge à retenir un motif différent de celui qu'il aurait retenu en l'absence d'un tel mécanisme. Toutefois, le choix du moyen retenu reste, en principe, à la discrétion du juge.

« Ces différents motifs d'éparpillements de l'appréciation des vices de légalité et de la période temporelle au cours de laquelle celle-ci est possible contribuent, avec la multiplication des formes de « sanction » possibles d'une illégalité - allant du rejet à l'annulation immédiate ou reportée, ou l'abrogation immédiate ou reportée, en passant par la régularisation -, à faire du recours pour excès de pouvoir une sorte de couteau suisse multifonctions, qui peine à (re)trouver sa cohérence et son unité »<sup>537</sup>. Cette graduation de la gravité des illégalités se remarque par la graduation de la sanction qu'entend donner le juge à l'acte illégal.

Au stade de la sanction, il est possible de ranger par ordre croissant : l'illégalité non sanctionnée (« illégalité de troisième degré »), l'illégalité sanctionnée mais faisant l'objet d'un aménagement de la sanction (« illégalité de deuxième degré ») et l'illégalité qui justifie une annulation totale de l'acte (« illégalité de premier degré »). La hiérarchie paraît donc déjà établie. Toutefois, si l'on peut remarquer que l'aménagement de la sanction en fonction de la gravité de l'illégalité révèle les facteurs d'une hiérarchisation (**Section 1**), il n'est pas (encore ?) possible d'arrêter cette hiérarchie. Autrement dit, la hiérarchisation au stade de la sanction révèle une hiérarchie impossible des illégalités (**Section 2**).

---

<sup>536</sup> CE, Sect., *Société Eden*, 21 déc. 2018, n° 409678.

<sup>537</sup> DEFOORT B., « Les paradoxes du contentieux des actes administratifs unilatéraux : à propos de quelques arrêts récents » – *RFDA* 2018 p. 1071.

# SECTION 1 : L'AMENAGEMENT DE LA SANCTION REVELANT LES FACTEURS D'UNE HIERARCHISATION

Ayant conscience que les effets d'une annulation totale sont parfois trop excessifs, le juge de l'excès de pouvoir et le législateur ont élaboré des techniques visant à relativiser la vision binaire selon laquelle une illégalité entraîne l'annulation totale et rétroactive de l'acte ou non. Certaines techniques visent spécifiquement à aménager l'annulation (§ 1) alors que d'autres ont pour objet de l'éviter (§ 2). Le maniement de ces diverses techniques révèle une hiérarchisation des illégalités. Elles peuvent permettre de constater une hiérarchisation des illégalités soit dans leurs critères d'application, soit dans le constat de leur mise en œuvre. Dans ce schéma, les illégalités sanctionnées par une annulation totale sont alors les plus graves, ce sont celles de « premier degré ». Il faut alors présenter ces différentes techniques et tenter d'y déceler les hypothèses dans lesquelles il serait possible d'y voir une hiérarchisation.

## § 1 : LES TECHNIQUES AMÉNAGEANT L'ANNULATION

Plusieurs techniques juridiques ont été créés afin d'assurer un aménagement de l'annulation totale. Tout d'abord, le juge a parfois recourt à une modulation des effets de l'annulation ce qui vient assouplir les effets traditionnels d'une annulation en excès de pouvoir (A). Ensuite, il est parfois possible de ne pas annuler tout l'acte, le juge recourt alors à l'annulation « partielle » et ne fait disparaître qu'une partie de l'acte illégal (B). Enfin, la régularisation *a posteriori*, qui fait suite à une annulation (totale ou partielle), vient assurer le complément de l'annulation (C). Ces techniques illustrent les illégalités de « deuxième degré » c'est-à-dire celles qui ne bénéficient pas d'une annulation totale mais qui se voient appliquer un aménagement de la sanction juridictionnelle.

### A- Le recours à la modulation des effets de l'annulation

La modulation des effets dans le temps de l'annulation permet d'assouplir les conséquences de la sanction traditionnelle de l'excès de pouvoir : l'annulation rétroactive et totale. « Il témoigne de ce que le corps social est à la recherche d'une conciliation optimale entre le respect de la légalité et le souci de garantir la stabilité des situations juridiques, laquelle n'apparaît pas toujours assurée en l'état actuel du droit »<sup>538</sup>. L'annulation d'une décision administrative est en principe rétroactive. Comme le soulignait Raymond Odent, dans ses conclusions sur la décision *Véron-Réville*<sup>539</sup>, « une annulation juridictionnelle a un caractère reconnaîtif. Elle fait disparaître l'acte annulé qui est réputé n'être jamais intervenu. Les choses doivent être remises en l'état exact où elles se trouveraient si l'acte annulé n'avait pas été pris... C'est ce qu'exprime en termes définitifs votre célèbre arrêt du 26 décembre 1925, *Rodière* ». Les conséquences d'une annulation rétroactive pouvaient toutefois paraître excessives voire dangereuses pour la sécurité juridique.

---

<sup>538</sup> STAHL J.-H. et COURRÈGES A., « La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse », *RFDA* 2004 p. 438.

<sup>539</sup> CE, Ass., 27 mai 1949, *Véron-Réville*, n° 93122 96949.



C'est en cela que le Conseil d'État a élaboré la possibilité pour le juge administratif de moduler dans le temps les effets de l'annulation en excès de pouvoir dans sa décision *AC* !<sup>540</sup>. Comme le souligne Christophe Devys, rapporteur public de l'affaire, le juge administratif est « soucieux des conséquences » de ses décisions et il essaye d'en « appréhender la portée »<sup>541</sup>. En l'espèce, les défendeurs faisaient d'ailleurs une « description cataclysmique »<sup>542</sup> de l'hypothèse d'une annulation rétroactive, ce qui aurait justifié une loi de validation (qui n'était pas à l'époque, aussi encadrée qu'aujourd'hui<sup>543</sup>). En expliquant les difficultés liées à l'espèce, le rapporteur public précise qu'on « ne peut qu'être frappé par le caractère disproportionné des conséquences d'une telle décision d'annulation »<sup>544</sup>.

Le Conseil d'État ajoutera, alors, à son office un nouveau pouvoir de modulation dans le temps des effets de l'annulation dans un considérant de principe selon lequel « l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif - après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause - de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation ; qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de celle-ci contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine ».

Revenons brièvement sur les éléments mentionnés dans le considérant pour comprendre comment on peut observer une hiérarchisation dans l'application du principe de la décision *AC* !. Tout d'abord, le Conseil d'État rappelle que le principe reste l'annulation rétroactive et que la mise en œuvre de la modulation doit être exceptionnelle. Ce n'est qu'à la condition que l'annulation emporte des conséquences manifestement excessives dues aux effets produits par l'acte, aux situations qui en sont issues ou à l'intérêt général, que le juge peut y recourir. D'ailleurs, en précisant qu'il « appartient au juge administratif », le Conseil d'État fait entrer directement cette technique dans l'office du juge. Ensuite, pour mettre en œuvre cette technique le juge doit recueillir les observations fournies par les parties sur ce point (ce qui nécessite qu'elles en soient informées) mais il doit également examiner tous les moyens. Le juge doit alors faire la balance entre les conséquences de la rétroactivité de l'annulation en fonction des intérêts en l'espèce et les

---

<sup>540</sup> CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC* !, n° 255886.

<sup>541</sup> DEVYS C., Concl. sur CE, Ass., 11 mai 2004, *AC* !, n° 255886 et DEVYS C., « La modulation des effets dans le temps de l'annulation d'une décision administrative », *RFDA* 2004 p. 454.

<sup>542</sup> *ibid.*

<sup>543</sup> V. *supra* p. 107.

<sup>544</sup> DEVYS C., Concl. préc.

inconvenients de l'application d'un tel principe sur le principe de légalité, ainsi que sur le droit au recours effectif des justiciables. Enfin, lorsque ces conditions sont respectées le juge peut décider, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de sa décision contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, que tout ou partie des effets de cet acte doivent être regardés comme définitifs (c'est-à-dire supprimer l'effet rétroactif) voire procéder à une annulation différée.

Ce qui ne devait être qu'exceptionnel s'est finalement trouvé largement appliqué dans le contentieux de l'excès de pouvoir. La jurisprudence a ainsi pu affiner ces divers critères et répondre aux interrogations posées en 2004. Ainsi, même si ce pouvoir fait partie de l'office du juge, les parties peuvent en demander l'application<sup>545</sup>. De plus, c'est le caractère exceptionnel de la mise en œuvre de ce pouvoir qui s'est trouvé relativisé. L'application de la modulation est devenue relativement courante, ce qui rompt avec la ligne originelle de la jurisprudence *AC*<sup>546</sup>. D'ailleurs, c'est la jurisprudence elle-même qui enseigne que le juge administratif s'est détaché du caractère « exceptionnel » du recours à la modulation dans le temps des effets de l'annulation. C'est notamment dans sa décision d'assemblée du 23 décembre 2013 *Société M6*<sup>547</sup> que le Conseil d'État ampute les termes de « à titre exceptionnel » du considérant de principe. Toutefois, la jurisprudence semble parfois s'être ravisée à supprimer de son considérant de principe le caractère exceptionnel du recours à cette technique<sup>548</sup>. Néanmoins, dans des jurisprudences récentes, le caractère exceptionnel n'apparaît plus<sup>549</sup>. Par contre, il apparaît systématiquement lorsqu'est en cause le droit de l'Union européenne<sup>550</sup> qui interdit, en principe, le recours à cette technique sauf à respecter les exigences posées par la Cour de Justice<sup>551</sup>. L'abandon de ce critère, cumulé à la fréquence des applications, a d'ailleurs fait naître quelques critiques au sein de la doctrine<sup>552</sup>.

Outre l'évolution de certains critères<sup>553</sup>, ce sont ceux qui s'intéressent aux illégalités considérées qui nous intéressent davantage. Pour recourir à la technique de modulation, le juge administratif doit d'abord s'interroger sur sa nécessité, qui est elle-même conditionnée par le fait que l'annulation doit avoir, en l'espèce, des conséquences manifestement excessives. Pour apprécier cette condition, le juge doit s'interroger sur les effets qu'a produits l'acte, ainsi que les situations créées, sans oublier l'intérêt général. De plus, l'application de la modulation dans le temps des effets de l'annulation doit s'intéresser aux conséquences sur les intérêts (public ou privés) en l'espèce ainsi qu'aux inconvenients sur la légalité et le droit au recours. Dès lors, l'appréciation de la gravité de l'illégalité ne paraît pas être prise en compte. On peut toutefois en douter.

---

<sup>545</sup> V. par ex. l'arrêt de section *France Télécom* du 25 février 2005, n°247866 : la modulation dans le temps a été prononcée à la demande du défendeur et des intervenants, qui avaient présenté des conclusions « tendant à ce que le Conseil d'État limite dans le temps les effets de l'annulation ».

<sup>546</sup> V., en ce sens, MELLERAY F., note sous CE, Sect., 30 déc. 2010, *Robert*, Dr. adm. mars 2011, p. 29.

<sup>547</sup> CE, Ass., 23 décembre 2013, *Société M6*, n° 363702.

<sup>548</sup> v. par ex. CE, 9 juin 2016, *Syndicat mixte du Piémont des Vosges et autres*, n° 363638 ; CE, 28 septembre 2016, *M. E. C.*, n° 377190 ; CE, 20 mars 2017, *Association de défense des agriculteurs de La Réunion*, n° 395326.

<sup>549</sup> v. par ex. CE, 21 février 2018, *Fédération Allier Nature*, n° 401344 ; CE, 9 mars 2018, *Société Enedis*, n° 407516 ; CE, 12 décembre 2018, *SCEA du Château Montel*, n° 409449.

<sup>550</sup> CE, Ass., 19 juillet 2017, *Association nationale des opérateurs détaillants d'énergie*, n°370321.

<sup>551</sup> v. en ce sens CJUE, 28 juillet 2016, *Association France Nature Environnement*, n° C-379/15.

<sup>552</sup> V. en ce sens SEILLER B., « Assez d'AC ! », *AJDA* 2018 p. 937.

<sup>553</sup> Pour une étude plus complète v. par ex. BEZZINA A.C., « 2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence AC ! », *RFDA* 2014. P. 735 ; MAMOUDY O., « D'AC ! à M6 en passant par Danthony », *AJDA* 2014 p. 501.

D'une part, parce qu'il est possible que le juge prenne en compte la gravité de l'illégalité eu égard aux conséquences des effets de l'annulation. Effectivement, les illégalités externes (même l'incompétence) lorsqu'elles sont censurées par une annulation, n'empêchent pas l'administration de reprendre le même acte en suivant, désormais, une procédure régulière. Dès lors, l'annulation pour ces illégalités est moins « efficace » ou du moins, moins « pertinente » que lorsqu'elle est prononcée à l'égard d'une illégalité de fond. La nature de l'illégalité est donc en jeu, mais comme nous l'avons précédemment remarqué<sup>554</sup>, ce critère est intégré dans celui de la gravité. Une illégalité sera considérée comme plus grave justement parce qu'elle permet (ou non) de maîtriser (plus ou moins bien) les conséquences de la chose jugée. D'ailleurs, même s'il est rare que cela arrive, Matthias Guyomar dans ses conclusions sur l'arrêt de la Section du contentieux *Section française de l'OIP* précisait que c'est « la nature de l'illégalité censurée qui nous paraît faire obstacle, par nature, à une modulation dans le temps des effets de votre décision »<sup>555</sup>. Ainsi que le relève Gilles Pellissier : la nature de l'illégalité ne peut qu'influencer l'application de l'atteinte portée au principe de « légalité et à l'effectivité du recours contentieux »<sup>556</sup>.

L'appréciation de la gravité au stade de la sanction est donc différente de celle de l'examen de l'illégalité. La question que se pose le juge n'est pas de savoir si telle illégalité vaut annulation. Il s'interroge sur les conséquences du prononcé de l'annulation. D'ailleurs, c'est ce que remarque Christophe Devys dans ses conclusions puisqu'il souligne que « vous admettez intuitivement que ce pouvoir devra lui être plus facilement ouvert lorsque la décision d'annulation est fondée sur un motif de régularité externe que lorsque le motif d'annulation est plus substantiel ». Il rejette l'hypothèse selon laquelle la modulation ne devrait s'appliquer qu'aux illégalités externes mais assure que l'exercice de cette technique admet « une certaine prise en compte de la nature de l'illégalité constatée ». Dès lors, certes très indirectement, la gravité de l'illégalité semble être prise en compte ; elle serait donc un critère d'appréciation implicite.

D'autre part, c'est l'application de la modulation des effets de l'annulation qui dévoile que la mobilisation de cette technique s'applique davantage aux illégalités externes qu'aux illégalités internes. Olga Mammoudy le remarque d'ailleurs et affirme à cet égard que « dans le bilan des avantages de la modulation temporelle pour la sécurité juridique et de ses inconvénients pour le respect du principe de légalité, l'irrégularité procédurale ne pèse pas lourd face aux effets parfois dévastateurs d'une annulation rétroactive. Le constat d'une seule irrégularité de procédure facilite incontestablement la mise en œuvre du pouvoir de modulation temporelle et explique que la jurisprudence *AC !* soit aisément appliquée en cas d'annulation fondée sur un unique vice de procédure »<sup>557</sup>. C'est là qu'on voit d'ailleurs la différence d'appréciation de la gravité en fonction de l'étape juridictionnelle. L'illégalité qui passe l'étape « *Danthony* » (dans l'examen de l'illégalité) est considérée comme grave. Cependant, cette même illégalité considérée comme grave au stade de l'examen ne l'est plus assez pour justifier une annulation totale. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Danthony*, Gaëlle Dumortier relève, en faveur de l'application de la modulation, « la disproportion

---

<sup>554</sup> V. supra p. 30 et s.

<sup>555</sup> GUYOMAR M., Concl. sur CE, Sect., 31 octobre 2008, *Section française de l'OIP*, n° 293785RFDA 2009 p. 73 : il s'agissait en l'espèce d'une illégalité interne.

<sup>556</sup> PELLISSIER G., In « 4 ans d'application de la jurisprudence AC – une nouvelle dimension de l'office du juge » *Revue juridique de l'économie publique*, n° 656 août/septembre 2008.

<sup>557</sup> MAMOUDY O., « Sécurité juridique et hiérarchisation des illégalités dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *AJDA* 2019 p. 1108.

entre les moyens de légalité externe retenus et les effets fragilisant de l'annulation rétroactive »<sup>558</sup>. Le juge administratif a parfois directement mentionné, lorsqu'était en cause un vice de procédure, « la nature du moyen d'annulation retenu »<sup>559</sup> ; preuve explicite de la prise en considération de la nature du vice qui révèle, en réalité, sa gravité. Dès lors, outre son éventuelle appréciation implicite comme critère d'application, c'est dans le constat de la mise en œuvre de la technique qu'il est possible de percevoir une hiérarchisation.

Dès lors, nous est-il permis de songer au fait que la gravité de l'illégalité est graduée selon la considération que s'en fait le juge au stade de la modulation. La gravité, par le prisme de la nature de l'illégalité, est prise en compte et rend compte d'une certaine hiérarchisation entre les illégalités externes et internes.

## **B- Le recours à l'annulation partielle**

L'annulation partielle d'un acte permet l'atténuation de l'annulation totale de l'acte en ce qu'elle ne va concerner qu'une partie de ce dernier. Cette sanction s'attire donc à cibler une illégalité et à la supprimer par l'annulation tout en laissant subsister l'acte. L'annulation partielle permet donc un aménagement de l'intégrale annulation qui devrait normalement frapper l'acte. Elle permet en ce sens de sortir de la logique du « tout ou rien ».

Il existe une obligation pour le juge de prononcer une annulation partielle dans le cas où il est possible de constater que l'acte est divisible. La théorie de la divisibilité, a été consacrée explicitement au début des années 80<sup>560</sup>. Dans le contentieux contractuel elle est véritablement observée comme faisant partie des « modes de sauvetage du contrat »<sup>561</sup>. D'ailleurs, « le juge admet assez facilement de ne constater qu'une nullité partielle, par souci de réalisme et pour « sauver le contrat »<sup>562</sup>. De surcroît, cette technique a directement intégré l'office du juge contractuel et intègre pleinement les sanctions qu'il est en mesure de prononcer<sup>563</sup>.

En matière contractuelle, l'annulation partielle à raison des stipulations divisibles suppose une analyse de l'importance de ces stipulations dans le contrat qui repose tantôt sur une appréciation objective tantôt sur une appréciation subjective. L'illégalité revêt dès lors consubstantiellement une importance en ce qu'elle affecte (ou non) une de ces stipulations. Le juge recourt donc à une approche subjective pour apprécier l'importance de la clause. Par exemple, en ce qui concerne la contestation pour une partie au contrat : la clause illégale est indivisible du reste du contrat si elle revêt un caractère déterminant pour les parties à la convention<sup>564</sup>. Pourtant, dans certains arrêts, c'est bien une appréciation objective à laquelle se livre le juge du contrat en cas de contestation par

---

<sup>558</sup> DUMORTIER G., Concl. sur CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n° 335033 et « L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure », *RFDA* 2012 p. 284.

<sup>559</sup> V., par ex. CE, 12 décembre 2007, *Sire*, n° 296072 ; CE, 19 décembre 2008, *Kierzkowski-Chatal*, n° 312553.

<sup>560</sup> CE, Ass., 20 novembre 1981, *Association pour la protection de la vallée de l'Ubaye*, n° 20710.

<sup>561</sup> GAUDEMET S., *La clause réputée non écrite*, Thèse, recherches Juridiques, Economica, p. 20.

<sup>562</sup> VIER C.-L., « La nullité des contrats publics », in « *les effets de la rupture du contrat administratif* », *C.P.-A.C.C.P.*, 2002, n°16, p. 25.

<sup>563</sup> CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation*, n° 291545 : le juge contractuel peut « annuler, totalement ou partiellement ».

<sup>564</sup> CE, Sect., 20 janvier 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, n° 99613 ; éclairé par les concl. de R. Denoix de Saint Marc qui évoque le « caractère déterminant [de la clause] pour les parties à la convention ».

une partie<sup>565</sup>. Toutefois, lorsque la contestation est exercée par un tiers, le juge apprécie objectivement si la suppression de la clause illégale porte atteinte à l'économie générale de la convention<sup>566</sup>. La divisibilité « par nature » a été reconnue pour les clauses réglementaires<sup>567</sup>. Cependant, on assiste aujourd'hui à une réflexion sur une extension de la jurisprudence relative à la divisibilité ou l'indivisibilité par nature. Aujourd'hui, la jurisprudence semble plus encline à déterminer l'importance relative des stipulations, comme en matière d'acte unilatéral, en fonction de la cohérence des clauses survivantes<sup>568</sup>. Le juge se référerait alors à une appréciation objective. L'annulation partielle est donc malaisée en matière contractuelle mais se révèle être une véritable technique stabilisatrice en ce qu'elle est « prioritaire » sur l'annulation intégrale. Le Conseil d'État a effectivement affirmé que « pour le juge du contrat, la nullité du contrat est une question d'ordre public ; que, par suite, lorsqu'il constate la nullité de certaines stipulations du contrat, il appartient à ce juge de s'interroger, le cas échéant d'office, sur le point de savoir si ces stipulations sont ou non divisibles du contrat afin de déterminer si leur nullité entraîne ou non celle de l'ensemble du contrat »<sup>569</sup>. Ainsi, lorsque l'examen de la validité du contrat révèle qu'une clause est entachée de nullité, le juge a le devoir de s'interroger sur sa divisibilité. Ce devoir transcrit finalement la préférence d'une annulation partielle sur une annulation intégrale.

Qu'en est-il en excès de pouvoir ? La divisibilité est essentiellement appréciée objectivement. La divisibilité des actes réglementaires est aisément admise lorsque les dispositions restantes conservent une cohérence suffisante ; « en matière d'acte réglementaire, sont divisibles les dispositions qui n'ont pas pour support les dispositions illégales, et qui ne procèdent pas avec celles-ci d'une logique d'ensemble formant un tout indissociable »<sup>570</sup>. Par exemple, a été considéré comme divisible les dispositions prévoyant la rétroactivité illégale de l'acte<sup>571</sup>, ou des mesures transitoires<sup>572</sup>. En droit de l'urbanisme, le juge administratif a admis la divisibilité entre elles des dispositions des règlements de zone régissant le volume ou l'esthétique des constructions<sup>573</sup> alors même que ces règlements étaient intégrés dans une logique d'ensemble. Dans le cas des actes individuels, la divisibilité joue aussi (même si la fréquence est moins grande). De la même manière et de façon objective, la divisibilité sera reconnue lorsque les dispositions maintenues de la décision attaquée forment un ensemble cohérent. Autrement dit, l'annulation isolée d'une disposition illégale ne doit pas remettre en cause l'acte lui-même. Il doit pouvoir continuer « d'exister ». Le Conseil d'État l'a d'ailleurs rappelé récemment en précisant que « le juge ne peut annuler ces prescriptions, lorsqu'elles sont illégales, que s'il résulte de l'instruction qu'une telle annulation n'est pas susceptible de remettre en cause la légalité de l'autorisation d'urbanisme et qu'ainsi ces prescriptions ne forment pas avec elle un ensemble indivisible »<sup>574</sup>. Certains y voient pourtant un inconvénient : l'appréciation objective réalisée par le juge de l'excès de pouvoir le place paradoxalement en tant que juge de la réformation de l'acte. Dès lors, Henri Bouillon y voit une certaine insuffisance, et

---

<sup>565</sup> CE, 9 octobre 2013, *Société Sotonel S. A.*, n°360137 ; CAA Marseille, 4 juillet 2016, *SNCM*, n°15MA02270.

<sup>566</sup> V. par ex. CE, Sect., 19 février 1982, *Fédération parisienne du bâtiment et des activités annexes*, n° 21096.

<sup>567</sup> V. par ex. CE, Ass., 10 juillet 1996, *Cayzele*, n° 138536.

<sup>568</sup> v. VIALETTES M., Concl., sur CE, 17 avril 2013, *Confédération française de l'encadrement - Confédération générale des cadres [CFE-CGC]*, n° 352245.

<sup>569</sup> CE, 19 décembre 2007, *Société Sogeparc-CGST, Compagnie générale de stationnement*, n° 260327.

<sup>570</sup> THIELE R., « Annulations partielles et annulations conditionnelles », *AJDA* 2015 p. 1357.

<sup>571</sup> CE, Ass., 25 juin 1948, *Société du Journal L'Aurore*, n° 94511.

<sup>572</sup> CE, 22 décembre 1978, *Syndicat viticole des Hautes Graves de Bordeaux*, n° 97730.

<sup>573</sup> CE, 18 juin 2010, *Ville de Paris*, n° 326708.

<sup>574</sup> CE, Sect., 13 mars 2015, *M me Ciaudo*, n° 358677.

réalise un plaidoyer pour subjectiviser l'analyse de l'annulation partielle. Il souhaiterait voir apparaître un critère intentionnel qui peut être formulé de la façon suivante : « l'administration aurait-elle adopté l'acte tel qu'il subsiste après son amputation ? Le critère réside donc, non pas tant dans le point de savoir si l'acte reste conforme à l'intention première de l'administration, mais plutôt de savoir si le reliquat de l'acte aurait pu entrer dans les intentions de l'administration »<sup>575</sup>. Pourtant, en l'état actuel du droit, l'analyse reste bien objective, et laisse le juge de l'excès de pouvoir dans des pouvoirs proches de celui du plein contentieux. Le juge administratif préfère là aussi une annulation partielle, lorsqu'elle est possible, à l'annulation totale. Il substitue parfois l'annulation partielle à l'annulation totale y compris lorsque seule l'annulation totale est demandée<sup>576</sup>. Le juge administratif annule la partie viciée « en tant que » cette dernière est illégale. Il a même pu sanctionner une omission (on parle alors d'annulation « en tant que ne pas »<sup>577</sup>).

La divisibilité, et par conséquent l'annulation partielle, permet d'atténuer la sanction traditionnelle résidant dans l'annulation totale de l'acte. En cela, elle permet un aménagement de l'annulation intégrale. Il est donc possible de faire le constat que les illégalités qui ne sont censurées que par une annulation partielle sont soumises à un régime plus favorable que celles ne le pouvant pas. Toutefois, la gravité de l'illégalité ne semble pas être un réel critère pour exercer cette technique. L'annulation partielle peut d'ailleurs être complétée par la faculté de régulariser la partie sanctionnée par le juge.

### C- Le recours à la régularisation *a posteriori*

Nous illustrerons la régularisation *a posteriori* dans le secteur particulier de l'urbanisme dans lequel elle est établie et fait l'objet d'une application fréquente<sup>578</sup>.

Toutefois, une place particulière doit être faite à la décision *commune d'Emerainville*<sup>579</sup> qui institue une régularisation *a priori*<sup>580</sup> mais également une régularisation *a posteriori* spécifique aux vices de forme et de procédure dans le cadre d'un contentieux particulier, celui des subventions. Dans le considérant 15 est précisé que « compte-tenu de cette faculté, l'annulation, par une décision juridictionnelle, d'une décision par laquelle l'administration a attribué une subvention à une D..., pour un motif d'irrégularité de forme ou de procédure, n'implique pas nécessairement que celle-ci soit immédiatement restituée à l'administration par l'association. L'administration peut ainsi, pour des motifs de sécurité juridique, régulariser le versement de la subvention annulée. La juridiction, saisie de conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à l'administration de recouvrer la subvention attribuée sur le fondement d'une décision annulée pour un motif d'irrégularité de forme ou de

---

<sup>575</sup> BOUILLON H., « Pour une subjectivisation de l'annulation partielle des actes administratifs unilatéraux », *AJDA* 2017 p. 217.

<sup>576</sup> V. par ex. CE, 5 mars 2003, *Titran*, n° 241325 et CE, 29 octobre 2008, *Fédération Générale des retraités des chemins de fer de France et d'outre-mer*, n° 307212.

<sup>577</sup> CE Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, n°213229.

<sup>578</sup> NOGUELLOU R., « Régularisation et droit de l'urbanisme », *RFDA* 2018 p. 370 : Elle indique que « De manière générale, on relèvera d'ailleurs qu'il apparaît, par une recherche sur Légifrance à partir des arrêts de cours administrative d'appel, que l'utilisation de ces procédés, et tout particulièrement des articles L. 600-5 et L. 600-5-1, est devenue fréquente ».

<sup>579</sup> CE, Sect., 1 juillet 2016, *commune d'Émerainville*, n° 363047.

<sup>580</sup> *Ibid.*, cons. 15 : « Lorsque, après avoir pris une décision attribuant une subvention à une D..., l'administration constate que sa décision est entachée d'une irrégularité de forme ou de procédure, elle dispose de la faculté de régulariser le versement de cette subvention » ; voir supra p. 99 et s.

procédure, doit alors subordonner la restitution de la somme réclamée à l'absence d'adoption par l'administration, dans le délai déterminé par sa décision, d'une nouvelle décision attribuant la subvention ». Ce considérant explique donc la possibilité d'une régularisation *a posteriori* puisque l'administration peut régulariser le versement de la subvention annulée. L'administration vient donc, après l'annulation de l'acte litigieux, corriger l'illégalité. Remarquons que, dans les écrits explicites de l'arrêt, cette possibilité n'est ouverte que lorsqu'il s'agit d'illégalités de forme ou de procédure. Dès lors, ces illégalités voient consubstantiellement leur gravité relativisée en ce qu'elles peuvent être régularisées même si l'acte a été annulé. La régularisation « curative »<sup>581</sup> est donc permise spécifiquement en ce contentieux et à ces illégalités. Même si l'annulation est totale, le juge y ajoute un aménagement qui n'est, en principe, pas présent dans une annulation « pure et simple ».

L'article L. 600-5 dispose quant à lui que « sans préjudice de la mise en œuvre de l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme, 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 n'affectant qu'une partie du projet peut être régularisé, limite à cette partie la portée de l'annulation qu'il prononce et, le cas échéant, fixe le délai dans lequel le titulaire de l'autorisation pourra en demander la régularisation, même après l'achèvement des travaux. Le refus par le juge de faire droit à une demande d'annulation partielle est motivé ». La régularisation a une volonté de sécurité juridique de l'acte d'urbanisme et souligne une protection particulière pour le titulaire de l'autorisation. Dans le cadre de l'article L. 600-5, il est nécessaire qu'intervienne un permis modificatif qui viendra prendre en compte l'annulation partielle du projet prononcée par le juge. Il faut donc qu'il puisse y avoir un permis modificatif pour qu'il y ait régularisation. En principe, un permis de construire modificatif n'est envisageable que si les travaux ne remettent pas en cause, « par leur nature ou leur ampleur », la conception générale du projet<sup>582</sup>. Alors que la jurisprudence s'opposait au fait que le permis modificatif puisse être accordé alors que les travaux étaient achevés<sup>583</sup>, le Conseil d'État s'était ravisé pour l'article L. 600-5-1<sup>584</sup> prenant désormais en compte « la nature » et la « portée du vice entraînant l'illégalité du permis ». Cette solution a été intégrée dans le code de l'urbanisme grâce à la loi ELAN<sup>585</sup> puisque, désormais, l'article L. 600-5 trouve à s'appliquer « même après l'achèvement des travaux ». De surcroît, cette même loi oblige le juge, lorsque cela est possible, à recourir à la régularisation *a posteriori* en annulant partiellement l'acte illégal. S'il refuse, il doit alors motiver sa décision.

L'annulation n'est pas conditionnelle. L'annulation partielle de l'article L. 600-5 a pour objectif de purger le litige par l'annulation prononcée. Après cette annulation, le pétitionnaire peut se satisfaire de la réalisation de l'opération telle qu'elle a été jugée possible (après la remise en cause des éléments viciés considérés comme divisibles) et va demander un permis modificatif pour réaliser son opération. Il peut également ne pas s'en satisfaire et essayer d'obtenir un nouveau permis de construire (sans refaire les mêmes illégalités). Le litige est donc bien purgé puisque dans l'un et l'autre cas, le litige ne peut revenir (pour les mêmes raisons) devant le juge. La régularisation *a*

---

<sup>581</sup> DAUMAS V., Concl. sur l'arrêt commune d'Émerainville, préc. et DAUMAS V., « La régularisation d'un acte illégal », *RFDA* 2017 p. 289.

<sup>582</sup> v. par ex. CAA de Versailles, 13 juin 2016, n° 14VE03564.

<sup>583</sup> CE, 1er octobre 2015, *M. B. et Mme. A.*, n° 374338.

<sup>584</sup> CE, 22 février 2017, *Mme Bonhomme et autres*, n° 392998.

<sup>585</sup> Loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique.

*posteriori* apparaît alors comme une certaine dépréciation de l'illégalité retenue dans la mesure où elle fait l'objet d'un aménagement de la sanction puisque le juge n'annule pas la totalité de l'acte. De plus, même la partie annulée peut faire l'objet d'une régularisation après annulation. De surcroît, la gravité de l'illégalité pourrait être prise en compte comme cela est précisé dans la décision *Mme Bonhomme* et autres<sup>586</sup> mais le Conseil d'État n'a jamais appliqué cette formulation pour l'article L. 600-5 du code de l'urbanisme.

## § 2 : UNE TECHNIQUE ÉVITANT L'ANNULATION : L'ANNULATION CONDITIONNELLE

Dans la même volonté d'assouplir la logique selon laquelle une illégalité entraîne l'annulation totale et rétroactive de l'acte, le juge de l'excès de pouvoir a parfois trouvé dans des techniques juridiques la possibilité d'éviter de prononcer une quelconque sanction. De manière très audacieuse, le juge de l'excès de pouvoir a eu recours aux annulations conditionnelles (**A**) qui s'interprètent comme des injonctions prétorienne de régulariser. Toutefois, on peut s'interroger sur le recours à cette technique qui paraît critiquable (**B**). Les illégalités soumises à cette technique sont alors de « troisième degré » dans la mesure où elles ne permettent pas d'arriver à la sanction lorsque l'administration a régularisé l'acte illégal.

### A- La mise en œuvre prétorienne des annulations conditionnelles

L'annulation conditionnelle consiste pour le juge à subordonner le maintien d'un acte administratif à l'adoption de mesures de régularisation sous peine du prononcé de l'annulation. En d'autres termes, l'annulation conditionnelle est à l'initiative du juge mais sa réalisation dépend de l'action de l'administration. Si le juge peut prononcer une annulation conditionnelle, l'annulation n'est évitée que si l'administration rétablit la légalité de l'acte illégal. « La régularisation apparaît comme une technique de plus, permettant soit d'éviter une annulation contentieuse, soit d'en altérer les effets »<sup>587</sup>. Ici, elle permet véritablement de renoncer à la sanction. Cette technique stabilisatrice permet ainsi de corriger, même au stade de la sanction, une illégalité. L'annulation conditionnelle est ainsi nécessairement différée et limitée au délai que laisse le juge à l'administration pour régulariser. Cette technique peut d'ailleurs désigner une annulation partielle ou totale.

Cette technique stabilisatrice se distingue toutefois de la modulation dans le temps des effets de l'annulation issue de la jurisprudence *AC* !<sup>588</sup>. La jurisprudence *AC* ! permet au juge administratif de moduler dans le temps les effets de l'annulation pour qu'ils ne soient pas rétroactifs et/ou qu'ils ne s'appliquent qu'à une date ultérieure. L'annulation conditionnelle ne concerne pas la modulation des effets dans le temps, elle cristallise les effets de l'annulation jusqu'à un moment déterminé et à une action identifiée. Autrement dit, « l'annulation conditionnelle influe, non pas sur les effets dans le temps de l'annulation (en principe rétroactive), mais sur le moment auquel cette annulation sera

---

<sup>586</sup> Arrêt *Mme Bonhomme et autres*, préc.

<sup>587</sup> DAUMAS V., Concl. de sur CE, Sect., 1 juillet 2016, *Commune d'Émerainville*, n° 363047 ; DAUMAS V., « La régularisation d'un acte illégal », *RFDA* 2017 p. 289.

<sup>588</sup> CE, Ass., 11 mai 2004, *AC* !, n° 255886.



effective »<sup>589</sup>. Dès lors, si la régularisation de l'illégalité n'a pas lieu dans le délai de « cristallisation » de la sanction, alors elle déploiera ses pleins effets, c'est-à-dire une disparition rétroactive de l'acte (sauf si le juge décide de moduler les effets de l'annulation, ce qui n'est pas interdit).

On comprend donc bien que le juge peut « cristalliser » la sanction pour permettre, par l'action administrative, une régularisation de l'acte. Dès lors, l'annulation conditionnelle englobe une injonction elle-même conditionnelle. Le juge enjoint à l'administration de régulariser. Toutefois, la régularisation est à la discrétion de l'administration, « ce qui signifie à la fois que la régularisation n'est pas l'œuvre du juge et que l'administration n'est en principe pas tenue de régulariser un acte vicié »<sup>590</sup>. Néanmoins, la mise en œuvre prétorienne de cette technique est exceptionnelle.

On peut toutefois citer l'exemple de la décision *Titran*<sup>591</sup>. En l'espèce, des arrêtés du garde des sceaux avaient institué des fichiers informatiques d'enregistrement des condamnations pénales. L'illégalité est constatée car le ministre n'avait pas entièrement respecté les recommandations émises par la CNIL alors qu'il y était tenu. Il pouvait toutefois les contourner, mais il devait alors le faire par décret en Conseil d'État, ce qui ne fut pas le cas. Le requérant demande alors au ministre une abrogation de l'arrêté, que ce dernier refuse. Le Conseil d'État souligne alors que les deux arrêtés « sont entachés, dans leur ensemble, d'illégalité et que c'est à tort que le garde des sceaux a refusé d'en prononcer l'abrogation ». Il en prononce l'annulation conditionnée au « choix » de l'administration dans les deux mois de, soit prendre un décret, sur avis conforme du Conseil d'Etat, permettant de passer outre les réserves émises par la Commission, soit respecter les recommandations émises par la CNIL. On peut relever que cette technique a d'abord été appliquée au contentieux des refus d'abrogation, qui sont tournés vers l'avenir. Le juge administratif a pu enjoindre à l'autorité administrative de faire disparaître les conséquences de l'acte illégal dans un certain délai, selon une procédure régulière<sup>592</sup> ou dans le respect des règles de compétence<sup>593</sup>.

La gravité est-elle prise en compte pour recourir à l'annulation conditionnelle ? On peut raisonnablement le penser. Dans la décision *Association des familles victimes du saturnisme* du 11 janvier 2006<sup>594</sup> le juge administratif prend soin de préciser que l'arrêté illégal n'est pas entaché d'une illégalité interne, mais que c'est une illégalité procédurale qui l'entache. Avant de préciser l'injonction que devra prendre le ministre, le juge administratif précise que « dans ces conditions, le ministre pourrait éventuellement, après consultation du comité consultatif sur le traitement de l'information en matière de recherches dans le domaine de la santé et au vu de l'avis de ce comité, puis après saisine pour autorisation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, prendre à nouveau la même disposition ». Ainsi, le juge administratif prend explicitement en considération le fait que l'annulation pour une illégalité procédurale serait en l'espèce excessive et y préfère une annulation conditionnée à l'action de l'autorité administrative. Autrement dit, le juge pour recourir à la technique de l'annulation conditionnelle semble bien prendre en compte la gravité de l'illégalité par le prisme de la nature de cette dernière. De surcroît, l'exercice de cette technique

---

<sup>589</sup> BOUILLON H., « La régularisation d'un acte administratif après annulation conditionnelle : une technique en gestation », *AJDA* 2018 p. 142.

<sup>590</sup> DUTHEILLET DE LAMOTHE L. et ODINET G., « La régularisation, nouvelle frontière de l'excès de pouvoir », *AJDA* 2016 p. 1859.

<sup>591</sup> CE, 27 juillet 2001, n° 222509.

<sup>592</sup> CE, 11 janvier 2006, *Association Des familles victimes du saturnisme*, n° 267251.

<sup>593</sup> CE, 3 mars 2009, *Association Française contre les myopathies*, n° 314792.

<sup>594</sup> Arrêt *Association Des familles victimes du saturnisme*, préc.

manifeste également une certaine dépréciation de la gravité de l'illégalité en cause, puisqu'elle peut être régularisée alors même qu'elle pourrait justifier une annulation.

## **B- La mise en œuvre critiquable de l'annulation conditionnelle**

L'annulation conditionnelle permet d'épouser à la fois le principe de sécurité juridique et celui de légalité puisqu'en ne permettant pas la censure de l'illégalité, l'acte illégal n'est pas sanctionné (sécurité juridique), mais la condition de l'absence de sanction réside dans la régularisation de l'acte illégal, et donc il y a là un rétablissement de la légalité (principe de légalité). L'annulation conditionnelle témoigne alors que ces deux principes peuvent ne pas être antinomiques. De surcroît, en permettant la sécurité juridique à ce stade du procès, l'action administrative n'est pas paralysée ou retardée par la nouvelle édicition d'un acte ou son renouvellement de procédure. « La logique est clairement finaliste. La régularisation s'inscrit pleinement parmi les modalités juridictionnelles concourant à la prévalence de l'efficacité de l'acte et donc de l'action administrative tout en ménageant l'entorse faite au principe de légalité »<sup>595</sup>.

Ces avantages, qui permettent de consolider l'acte illégal et de « protéger » l'action administrative, ne doivent toutefois guère faire oublier les inconvénients liés à cette technique juridique. Tout d'abord, l'annulation conditionnelle s'observe comme l'ultime recours du juge pour sauver l'acte, et se dote ainsi d'un effet pervers : celui d'encourager l'administration à relâcher sa prudence dans l'observation de la légalité des actes qu'elle adopte. Si l'erreur commise peut « bénéficier d'une session de rattrapage »<sup>596</sup>, l'image renvoyée est celle d'une protection (démessurée ?) de l'administration. Dès lors, cette technique peut paraître sauver les erreurs commises par l'administration, qui pourrait se détacher, toujours davantage, de la légalité des décisions qu'elle adopte. En exerçant cette technique juridique, c'est le juge lui-même qui entache son image. En permettant une ultime session de rattrapage, il montre également que les intérêts de l'administration peuvent être plus importants que ceux de l'administré – ou du moins qu'il faille en assurer une protection plus renforcée.

Ensuite, c'est la problématique de la rétroactivité de la régularisation qui peut pêcher. En principe, un acte administratif ne peut légalement produire d'effet à une date antérieure à celle de son entrée en vigueur<sup>597</sup>. Toutefois, Vincent Daumas a affirmé dans ses conclusions sur la décision *commune d'Émerainville* que « l'acte de régularisation n'a pas pour objet ni pour effet de modifier le sens ou le dispositif de l'acte entaché du vice auquel il cherche à remédier. Autrement dit, l'ambition de l'acte de régularisation n'est jamais de produire des effets pour le passé. Seulement de maintenir les effets déjà produits par un autre acte administratif »<sup>598</sup>. Toutefois, il n'est pas véritablement exact à notre sens, de dire qu'il n'y a point rétroactivité, même s'il est vrai que cette rétroactivité ne porte pas une atteinte excessive à la sécurité juridique. L'acte de régularisation en confirmant légalement les droits et obligations précédents de l'acte illégal, leur « redonne vie »<sup>599</sup>. Cette rétroactivité peut également poser d'autres problèmes notamment sur le terrain de la chose jugée. Imaginons que

---

<sup>595</sup> LANGELIER E. et VIROT-LANDAIS A., « Mérites et limites du recours à la régularisation des actes viciés », *JCP Adm.* 2015.

<sup>596</sup> *Ibid.*

<sup>597</sup> CE, Ass., 25 juin 1948, *Société du journal l'Aurore*, n° 94511.

<sup>598</sup> DAUMAS V., *Concl. préc.*

<sup>599</sup> BOUILLON H., *op. cit.*, p. 142.

l'administration ait pris un acte entaché d'une illégalité de procédure. Le juge lui enjoint, sous peine d'annuler l'acte, de régulariser cette illégalité en respectant désormais la procédure. Néanmoins, imaginons que l'administration, tout en respectant l'injonction du juge, commet une autre illégalité de procédure suffisamment grave pour ne pas être danthonyisée. Le litige doit alors être réapprécié par le juge.

Enfin, cette technique, même exceptionnellement mobilisée, met en exergue l'absence de conditions ou d'encadrement de son exercice. Le juge semble pouvoir y recourir lorsque l'illégalité n'est point grave, sans que l'on sache réellement comment cette gravité est appréciée. De surcroît, même s'il semble que son exercice soit justifié en cas de circonstances particulières et très graves<sup>600</sup>, l'on ne sait réellement à quelles autres hypothèses cela peut renvoyer. Autrement dit, le juge en use avec parcimonie, mais avec grande liberté.

Malgré ces inconvénients, l'annulation conditionnelle est donc une technique stabilisatrice qui permet d'observer une certaine hiérarchisation des illégalités en ce sens que lorsqu'elles sont soumises à celle-là, elles sont neutralisées et consubstantiellement, considérées comme moins graves. Il en va de même lorsqu'une modulation des effets de l'annulation ou une régularisation *a posteriori* peut intervenir, et plus résiduellement, dans l'annulation partielle. D'ailleurs, quand on remarque que l'annulation conditionnelle est mise en œuvre lorsque des situations particulières se présentent au juge, on observe que la gravité de l'illégalité n'est pas le seul critère pris en compte. Il en va de même pour les autres techniques. Comme l'annulation conditionnelle, les autres techniques permettent parfois d'observer une hiérarchisation des illégalités mais il paraît impossible d'en arrêter un classement ordonné.

## **SECTION 2 : L'AMENAGEMENT DE LA SANCTION REVELANT UNE HIERARCHIE IMPOSSIBLE**

L'étude de ces différentes techniques juridiques montre indubitablement qu'il est possible de remarquer là ou là, une certaine hiérarchisation des illégalités. Toutefois, il n'est pas possible d'en dresser une hiérarchie en ce sens qu'aucune de ces techniques n'est systématiquement mise en œuvre que pour une illégalité considérée ou à l'égard d'un cas d'ouverture particulier (§ 1). Récemment, le contentieux contractuel a pourtant fait preuve de clarté en démontrant dans la lettre des arrêts une hiérarchie abstraite fondée sur une grille de correspondance entre l'illégalité commise et la sanction adéquate à cette illégalité. Cela mène à s'interroger de manière prospective ; peut-on imaginer une hiérarchie similaire dans l'excès de pouvoir ? (§ 2).

---

<sup>600</sup> CE, 27 juillet 2001, *Titran*, n° 222509 : par exemple l'atteinte au bon fonctionnement de la justice.

## § 1 : UNE SYSTÉMATISATION IMPOSSIBLE AU REGARD DU CRITÈRE DE GRAVITÉ

Les techniques juridiques, qu'elles aient pour objet l'aménagement de l'annulation ou l'évitement de cette dernière, ne permettent pas, grâce au critère de la gravité, d'arrêter une hiérarchie. Effectivement, la hiérarchisation des illégalités par la mobilisation de ces techniques n'est pas fondée que sur le critère de la gravité. Tout d'abord, l'exercice de ces techniques prend en compte d'autres critères, dont notamment la nature de l'acte illégal (**A**). Ensuite, l'appréciation du recours à ces techniques reste largement liée aux circonstances de l'espèce dévoilant que la gravité n'est pas l'unique critère (voire n'est pas pris en compte du tout) (**B**). Enfin, s'il est possible d'observer une certaine hiérarchisation en faisant le constat que certaines techniques se déploient plus à l'égard de certaines illégalités, on ne peut que souligner le fait qu'il n'existe pas un exercice spécifiquement dirigé vers une illégalité considérée (**C**). En d'autres termes, les techniques ne sont pas systématiquement dirigées vers une illégalité précise, ce qui obstrue l'établissement d'une classification hiérarchique des illégalités au stade de la sanction.

### **A- La prise en compte de la nature de l'acte illégal**

La gravité de l'illégalité n'est pas toujours, ou n'est pas du tout, un critère d'appréciation pour exercer une modulation dans le temps des effets, une annulation partielle, une régularisation *a posteriori* ou une annulation conditionnelle. De plus, lorsqu'elle est prise en compte pour mobiliser une de ces techniques, elle n'est jamais, au stade de la sanction, l'unique critère pris en considération. La nature de l'acte peut jouer dans l'exercice de ces techniques.

En ce qui concerne la modulation des effets dans le temps, le juge a eu plus tendance à mobiliser cette technique à l'égard des actes réglementaires que des décisions individuelles. Effectivement, avant 2007, la modulation des effets dans le temps n'était attraitée qu'à des actes réglementaires<sup>601</sup>. Toutefois, rien dans le considérant de principe n'excluait sa mise en œuvre pour un acte non réglementaire. D'ailleurs, les commentateurs du GAJA relevaient que la modulation « n'est pas exclue *a priori* pour les actes administratifs non réglementaires »<sup>602</sup>. Le Conseil d'État a alors reconnu dans deux décisions du 12 décembre 2007<sup>603</sup> que la modulation dans le temps des effets pouvait s'appliquer à des décisions individuelles. Néanmoins, cette modulation fut mise en œuvre car, en l'espèce, il s'agissait de la nomination de magistrats. Leur annulation aurait pu remettre en cause les jugements qu'ils avaient rendus. Ainsi, la mobilisation de la modulation des effets dans le temps d'une annulation en excès de pouvoir s'applique plus généralement (voire essentiellement) aux actes réglementaires. La justification paraît simple puisque l'acte réglementaire a une portée générale et impersonnelle, dès lors son annulation peut remettre en cause d'autres actes fondés sur celui-ci. C'est donc un critère qui rentre en compte dans la mobilisation de la technique de modulation et qui est intégré dans « les conséquences manifestement excessives ». La gravité de l'illégalité est donc secondaire alors que la nature de l'acte l'est beaucoup moins.

---

<sup>601</sup> V. par ex. CE, Sect., 25 février 2005, *France Télécom*, n° 247866 et CE, 21 décembre 2006, *Union syndicale solidaires fonctions publiques et assimilés*, n° 287812.

<sup>602</sup> Dalloz, 2007, 16e éd., p. 906.

<sup>603</sup> CE, 12 décembre 2007, *M. S.*, n° 296072; Conseil d'État, 12 décembre 2007, *M. B.*, 296818.

En ce qui concerne l'application de l'annulation partielle mais également, dans une moindre mesure, de la régularisation *a posteriori* de l'article L. 600-5 du code de l'urbanisme, c'est le caractère divisible de l'acte qui permet de recourir à cette technique<sup>604</sup>. Déjà, nous l'avons dit, l'annulation partielle ne prend pas en compte le critère de la gravité de l'illégalité. Il serait tentant de pouvoir penser que l'illégalité est alors plus ou moins forte en ce qu'elle affecte plus ou moins l'acte. Autrement dit, il serait possible de songer au fait que l'illégalité qui entache l'acte est plus grave lorsqu'elle ne permet pas la divisibilité et affecte donc la totalité de l'acte ou ne garantit pas, lorsqu'elle est censurée, de donner à l'acte (tronqué) un ensemble cohérent. A l'inverse, l'illégalité qui peut être « isolée » de l'acte révélerait une illégalité plus faible puisqu'elle permettrait au juge d'annuler spécifiquement que celle-ci pour garantir la survie de l'acte. Le constat de la mise en œuvre de l'annulation partielle permettrait ainsi d'observer une certaine hiérarchisation. Il est difficile de pouvoir l'admettre. La gravité de l'illégalité semble déconnectée de la divisibilité. Que l'illégalité soit très grave ou non, c'est bien le fait que l'acte soit divisible ou non qui permet de recourir à cette technique. En effet, l'annulation isolée d'une disposition illégale ne doit pas remettre en cause l'acte lui-même. Il doit pouvoir continuer « d'exister ». Le Conseil d'État précise que « le juge ne peut annuler ces prescriptions, lorsqu'elles sont illégales, que s'il résulte de l'instruction qu'une telle annulation n'est pas susceptible de remettre en cause la légalité de l'autorisation d'urbanisme et qu'ainsi ces prescriptions ne forment pas avec elle un ensemble indivisible »<sup>605</sup>. La gravité de l'illégalité semble déconnectée de l'exercice de l'annulation partielle même si, lorsqu'elle s'applique, on peut considérer que l'acte bénéficie d'une sanction plus favorable.

En revanche, la gravité de l'illégalité semble être prise en compte dans la mise en place de la jurisprudence *commune d'Émerainville*<sup>606</sup> dans la mesure où elle ne vise à s'appliquer que pour les illégalités de forme et de procédure. Dès lors, le juge administratif a jugé que dans ce contentieux, les illégalités de forme et de procédure devaient être considérées comme moins graves et se voir appliquer un régime distinct. La gravité de l'illégalité semble peut être présente comme critère d'appréciation dans la mise en œuvre de la régularisation *a posteriori* de l'article L. 600-5 du code de l'urbanisme. Alors que la jurisprudence interdisait l'application de cette technique lorsque les travaux n'étaient pas achevés, le Conseil d'État, avant la modification des articles L. 600-5-1 et L. 600-5 par la loi ELAN, a admis pour l'article L. 600-5-1 que la régularisation pouvait être entreprise puisqu'il « appartient au juge administratif, pour faire usage des pouvoirs qui lui sont ainsi dévolus, d'apprécier si, eu égard à la nature et à la portée du vice entraînant son illégalité, cette régularisation est possible »<sup>607</sup>. Si cette formulation n'a jamais été réalisée pour l'application de l'article L. 600-5 du code de l'urbanisme, on peut raisonnablement penser qu'elle aurait pu l'être si la loi ELAN n'avait pas consacré législativement la possibilité d'appliquer cette technique même lorsque les travaux ont été achevés. Outre cet argument, la gravité de l'illégalité ne paraît pas non plus déterminante (voire présente) dans l'application d'un tel mécanisme. Là encore, son application permet d'observer (et donc de ne faire qu'un constat) que lorsque cette technique est exercée, elle déprécie en quelque sorte la gravité de l'illégalité constatée.

---

<sup>604</sup> V. supra p. 121 et s.

<sup>605</sup> CE, Sect., 13 mars 2015, *M me Ciaudo*, n° 358677.

<sup>606</sup> CE, Sect., 1 juillet 2016, *commune d'Émerainville*, n° 363047.

<sup>607</sup> CE, 22 février 2017, *Mme Bonhomme et autres*, n° 392998.

## B- Une appréciation casuistique : le critère de la gravité concurrence

L'appréciation pour exercer ces différentes techniques n'est pas liée qu'à la gravité de l'illégalité. D'ailleurs, comme nous venons de le préciser, l'annulation partielle ne prend pas en compte la gravité de l'illégalité. Outre la nature de l'acte qui peut être prise en compte, d'autres critères doivent être présents pour justifier la mise en œuvre de ces techniques. Ces critères sont appréciés en fonction de l'espèce de l'affaire et sont donc casuistiques.

En ce qui concerne la modulation des effets dans le temps, la gravité de l'illégalité est prise en compte indirectement<sup>608</sup>. Toutefois, Olga Mamoudy affirme que « l'importante de la gravité n'est jamais dirimante » et qu' « aucune irrégularité, aussi grave soit-elle, ne conduit le juge à écarter l'application de la jurisprudence *AC !* »<sup>609</sup>. Il faut relativiser cette affirmation. Effectivement, une illégalité, même très grave peut faire l'objet d'une modulation des effets de l'annulation dans le temps. Toutefois, la gravité est prise en compte indirectement dans le critère des « conséquences manifestement excessives ». Autrement dit, la gravité ne détermine pas l'application de la technique mais représente implicitement un poids dans la balance pour savoir si le juge doit appliquer ou non cette technique. C'est d'ailleurs cette prise en compte implicite qui permet d'observer que les modulations sont plus souvent mobilisées pour des illégalités externes. Toutefois, même si le degré d'illégalité est pris en compte, ce sont majoritairement les autres critères qui permettent au juge de fonder – ou non – l'exercice de la modulation dans le temps des effets de l'annulation. On remarque cependant que l'appréciation de ces critères est casuistique, en ce sens qu'elle dépend des données de l'espèce. Pour que le juge mette en œuvre cette technique il doit apprécier le caractère « manifestement excessif » d'une annulation rétroactive eu égard aux effets que l'acte a produits, aux situations juridiques créées et à l'intérêt général. C'est d'ailleurs pour ces raisons que la modulation est plus souvent effectuée lorsqu'un acte réglementaire est en jeu puisqu'il peut quantitativement avoir davantage créé d'effets et de situations qu'un acte non réglementaire. Lorsqu'il a apprécié les conséquences manifestement excessives que pouvait produire une annulation intégrale de l'acte, le juge doit faire la balance entre l'exercice de cette modulation et ses conséquences sur les intérêts publics ou privés, mais également sur le principe de légalité et sur le droit au recours effectif. Or, tous ces éléments s'analysent en fonction de l'acte illégal et de ce qu'il a produit. Ainsi, la mise en jeu de la modulation des effets dans le temps d'une annulation est obligatoirement contingente et ne permet guère d'analyser avec aisance l'illégalité ou le type d'illégalité qui peut être ainsi soumise à une telle technique.

En ce qui concerne l'annulation conditionnelle, il en va de même. Le juge administratif semble mobiliser cette technique lorsque les conséquences d'une annulation intégrale sont trop excessives. Par exemple, dans la décision *Titran*<sup>610</sup>, le juge administratif en premier lieu affirme que les arrêtés du ministre relatif à la mise en œuvre d'un système de gestion automatisée de certaines procédures dans les tribunaux de grande instance sont entachés « dans leur ensemble, d'illégalité et que c'est à tort que le garde des sceaux a refusé d'en prononcer l'abrogation ». Le juge administratif affirme donc bien l'illégalité de l'acte. Toutefois, en second lieu il souligne « qu'il ressort des pièces du dossier que le traitement automatisé autorisé par les deux arrêtés en cause est nécessaire au bon

---

<sup>608</sup> V. supra p. 117 et s.

<sup>609</sup> MAMOUDY O., *op. cit.*, *AJDA* 2019 p. 1108

<sup>610</sup> CE, 27 juillet 2001, *Titran*, n° 222509.

fonctionnement du service public de la justice ». Le juge dévoile implicitement mais nécessairement que les conséquences de l'annulation rétroactive de ces arrêtés affecteraient excessivement le bon fonctionnement de la justice. Pour cette raison, il recourt alors à une annulation conditionnelle. Toutefois, ce n'est donc pas la gravité de l'illégalité qui mène à recourir à cette technique, même si elle peut y participer. De surcroît, la mobilisation de cette technique se fait à l'aune de l'espèce : si, dans les faits de l'espèce les conséquences de l'annulation sont trop excessives et qu'elles peuvent faire l'objet d'une régularisation après annulation conditionnelle alors le juge y recourt ; à l'inverse, si les faits de l'espèce ne justifient pas son application alors le juge pourra annuler intégralement. Dès lors, ce sont réellement les conséquences de l'annulation qui sont prises en compte plutôt que la gravité de l'illégalité. Sauf que ses conséquences varient en fonction des espèces, et rendent dès lors impossible une hiérarchie des illégalités même si la technique participe à la hiérarchisation de ces dernières.

### **C- L'absence de mise en œuvre spécifique à une illégalité identifiée**

Seule la jurisprudence *commune d'Émerainville*<sup>611</sup> est systématiquement appliquée à l'égard des illégalités de forme et de procédure. Toutes les autres techniques peuvent indistinctement s'appliquer à toutes les illégalités. Effectivement, les techniques aménageant ou évitant la sanction peuvent s'appliquer aussi bien à des illégalités de fond qu'à des illégalités de formes. Cette affirmation se vérifie par l'absence explicite d'un exercice spécifique à une illégalité considérée. En d'autres termes, les principes jurisprudentiels ou la lettre de la loi ne font pas de distinction pour appliquer ces techniques à une ou plusieurs illégalités. Ces techniques se trouvent généralisées pour toutes les illégalités. Par exemple, l'annulation partielle touche aussi bien des illégalités externes qu'internes<sup>612</sup>.

On a pu remarquer toutefois qu'en pratique, les solutions peuvent se diriger plus ou moins vers les illégalités externes plutôt qu'internes. C'est notamment le cas pour la modulation dans le temps des effets de l'annulation. Elle trouve plus facilement à s'appliquer pour des illégalités externes dévoilant subséquentement la relativisation de la gravité de ces illégalités. C'est que souligne Olga Mammoudy lorsqu'elle dit que « dans le bilan des avantages de la modulation temporelle pour la sécurité juridique et de ses inconvénients pour le respect du principe de légalité, l'irrégularité procédurale ne pèse pas lourd face aux effets parfois dévastateurs d'une annulation rétroactive. Le constat d'une seule irrégularité de procédure facilite incontestablement la mise en œuvre du pouvoir de modulation temporelle et explique que la jurisprudence *AC !* soit aisément appliquée en cas d'annulation fondée sur un unique vice de procédure »<sup>613</sup>. Toutefois, l'incompétence doit, au stade de la sanction, être incluse dans les illégalités susceptibles de subir une modulation. Nous savons que l'incompétence fait l'objet d'un traitement de faveur particulier en tant que moyen d'ordre public et parce que son régime se rapproche de celui des illégalités internes. Toutefois, la gravité au stade de la sanction ne se pose plus selon les mêmes termes que durant l'examen. Ici, seules les conséquences de l'annulation comptent. Dès lors, l'incompétence, comme toutes les illégalités internes, ne permet pas, en principe, de remettre en cause la substance de l'acte illégal. Ainsi, il se

---

<sup>611</sup> Arrêt *commune d'Émerainville*, préc.

<sup>612</sup> Pour un exemple très récent d'annulation partielle « en tant que ne pas » d'une illégalité interne v. CE, 26 juin 2019, *Association générations futures et association eau et rivières de Bretagne*, n° 415426, 415431.

<sup>613</sup> MAMOUDY O., *op. cit.*, *AJDA* 2019 p. 1108.

peut que l'incompétence fasse l'objet d'une sanction aménagée par la modulation dans le temps des effets de l'annulation<sup>614</sup>. On observe donc bien une hiérarchisation.

Néanmoins, la hiérarchie ne semble guère propice non plus. Si cette technique semble s'épanouir plus largement à l'égard de la légalité externe, la légalité interne n'a pas été épargnée. Par exemple, certaines erreurs de droit qui sont, en principe, considérées comme des illégalités graves peuvent faire l'objet d'une modulation. Ce fut le cas dans l'arrêt *France Télécom*<sup>615</sup>, où une erreur de droit, justifiant l'annulation d'une décision de l'Autorité de régulation des télécommunications, fut qualifiée d'« illégalité tout à fait vénielle » par le rapporteur public car il s'agissait d'une erreur de méthode et non de fond<sup>616</sup>. De surcroît, dans des décisions relatives à des annulations de nomination de magistrats fondées sur une erreur de droit, l'illégalité a été considérée comme non grave car elle n'affectait pas la qualité intrinsèque des magistrats<sup>617</sup>.

Ainsi, il est impossible de retracer une hiérarchie des illégalités au stade de la sanction en ce qu'il n'existe pas une systématisation de la mobilisation de ces techniques à une ou plusieurs illégalités considérées. Il est possible de retracer une hiérarchisation puisque certaines s'appliquent plus fréquemment à certaines illégalités. Cependant, le critère de la gravité de l'illégalité au stade de la sanction ne permet pas d'arrêter un classement hiérarchique des illégalités puisqu'il n'est pas le seul à être pris en compte (ou n'est pas pris en compte). La graduation des illégalités au stade de la sanction est donc constatable mais ne permet pas de dessiner une hiérarchie des illégalités. Cette hiérarchie est-elle possible ?

## § 2 : UNE HIÉRARCHIE (PROSPECTIVE) POSSIBLE ?

Peut-on imaginer qu'il soit possible, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, de tracer une hiérarchie des illégalités au stade de la sanction ? Cela paraît difficilement concevable. On peut toutefois s'interroger triplement sur la question : d'abord, ces techniques peuvent-elles se « spécialiser » à un type d'illégalité particulier ou à des illégalités identifiées (**A**) ? Ensuite, le développement de la limitation de l'économie de moyen permettra-t-il (s'il se poursuit) d'établir une hiérarchie des illégalités (**B**) ? Enfin, certains auteurs traduisent la grille de correspondance entre l'illégalité commise et la sanction adéquate à cette gravité par le principe de spécialisation de la sanction<sup>618</sup>. Développé en contentieux contractuel, ce principe de spécialisation de la sanction peut-il s'intégrer au contentieux de l'excès de pouvoir (**C**) ?

---

<sup>614</sup> CE, 2 décembre 2011, *FNATH, Association des accidentés de la vie*, n° 347497 ; CE, 28 mars 2012, *Confédération générale des petites et moyennes entreprises*, n° 341067 ; CE, 24 avril 2013, *Groupeement interprofessionnel des fabricants d'appareils d'équipements ménagers [GIFAM]*, n° 353280.

<sup>615</sup> CE, Sect., 25 février 2005, *France Telecom*, n° 247866.

<sup>616</sup> V. PRADA-BORDENAVE E., Concl. sur CE, Sect., 25 février 2005, *France Telecom*, n° 247866 et PRADA-BORDENAVE E. « L'annulation d'une décision de l'Autorité de régulation des télécommunications en matière de tarifs de dégroupage de la boucle locale, et ses conséquences », *RFD* 2005 p. 802.

<sup>617</sup> Sur ce point, v. GUYOMAR M., Concl. sur CE, 12 décembre 2007, *Sire et Vignard*, n° 296072 et 296818.

<sup>618</sup> V. par ex., DOUTEAUD S., *La stabilisation des contrats de l'administration par le juge de la validité*, Thèse pour le doctorat de droit public, soutenue à Pau le 12 octobre 2017, p. 823.



## **A- Vers une systématisation des techniques juridiques à un type d'illégalité identifié ?**

Il faut s'interroger sur la question de savoir si ces techniques peuvent se spécialiser à un type d'illégalité ou à des illégalités particulières. La question n'est pas vide de tout sens dans la mesure où depuis les années 2000 le juge administratif s'emploie à réserver des traitements particuliers à certaines illégalités. Néanmoins, on peut douter de cette spécialisation et de la systématisation qui en découlerait. Tout d'abord, les techniques au stade de la sanction ne sont pas récentes (la plus récente étant la régularisation *a posteriori* qui date d'une loi du 13 juillet 2006<sup>619</sup>). Dès lors, alors même qu'elles furent aiguës au fil du temps, elles n'ont jamais eu pour but de viser un type d'illégalité de façon systématique.

Ensuite, et consubstantiellement à la première raison, la dernière décision du Conseil d'État qui a systématisé l'inopérance des vices de forme et de procédure lorsqu'ils sont invoqués dans le cadre d'un refus d'abrogation ou d'exception d'illégalité<sup>620</sup> a fait l'objet de vives critiques<sup>621</sup>. En l'état actuel du droit, il serait assez surprenant que le Conseil d'État décide de n'appliquer, par exemple, la modulation des effets de l'annulation qu'aux illégalités de forme ou de procédure.

Enfin, une systématisation de ces techniques à des illégalités considérées ne semble pas propice au travail juridictionnel. D'une part, parce que les diverses mesures systématisées dans le stade de l'examen juridictionnel semblent suffire à maîtriser les illégalités graves et non graves. D'autre part, parce que le juge se doit de se garder une marge de manœuvre pour appliquer ces techniques qui sont – pour la plupart – exceptionnellement mises en œuvre. En somme, il ne paraît ni opportun, ni possible (en l'état actuel du droit) de voir une systématisation des techniques stabilisatrices au stade de la sanction exercées à l'égard d'une ou de plusieurs illégalités.

## **B- La limitation de l'économie de moyen, catalyseur de la hiérarchie des illégalités ?**

Les conséquences du développement de la limitation de l'économie de moyen interrogent la question de la hiérarchie des illégalités : cette limitation est-elle un catalyseur de la hiérarchie ou, au contraire, un obstacle ? Tout d'abord, il faut remarquer que le principe de l'économie de moyen est depuis longtemps débattu. Pour ne citer qu'un exemple, nous rappellerons l'interrogation de Jacques-Henri Stahl et Xavier Domino, qui se demandaient si « le souci du juge de vider un litige le plus complètement possible doit uniquement constituer un devoir déontologique ou s'il ne devrait pas aussi, au moins en partie, procéder d'une obligation juridique contraignante »<sup>622</sup>. Remarquons que l'économie de moyen trouve à perdre du terrain : par exemple, l'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme prévoit l'obligation pour le juge d'examiner tous les moyens de la

<sup>619</sup> Art. 11 de la Loi n°2006-872 du 13 juillet 2006 - JORF 16 juillet 2006 portant engagement national pour le logement.

<sup>620</sup> CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, n° 414583.

<sup>621</sup> MELLERAY F., « Requiem pour le vice de procédure ? », *AJDA* 2018 p. 1241 ; SEILLER B., « Nouvelle restriction de l'invocabilité des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », *Gaz. Pal.* 9 oct. 2018, n° 34, p. 30 ; FRIEDRICH C., « Procédure contentieuse - Une victoire de l'État de droit à la Pyrrhus : les vices de forme et de procédure laissés sur le champ de bataille », *JCP Adm.* 2018 p. 2197 ; TOUZEIL-DIVINA M., Procédure contentieuse – « La puissance publique - après deux mois - peut se moquer de l'État de droit : RIP l'exception d'illégalité », *JCP Adm.* 2018. Actu. 469 ; BECHILLON (De) D., « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires – Contre », *RFDA* 2018 p. 662.

<sup>622</sup> STAHL J.-H. – DOMINO X., « Injonctions : le juge administratif face aux réalités », *AJDA* 2011 p. 2226.

requête<sup>623</sup>, ou les articles relatifs à la régularisation *a priori* et *a posteriori* qui obligent à constater que tous les autres moyens ne sont pas fondés avant d'ouvrir la possibilité de régulariser<sup>624</sup>, ou encore la limitation ouverte par la décision *Société Eden*<sup>625</sup>. Néanmoins, comme l'a réaffirmé le Conseil d'État, l'économie de moyens reste le principe<sup>626</sup>.

Ce mouvement de limitation de l'économie de moyen est-il un catalyseur ou un obstacle à la hiérarchie des illégalités ? On peut penser qu'il est un catalyseur en ce sens que le juge va examiner tous les moyens et ne retenir que celui qui lui paraît le plus adéquat. Ainsi, la décision gagne en clarté puisqu'alors qu'un vice aurait pu être retenu avec l'économie de moyen, c'est finalement un autre qui fondera l'annulation sans ce principe. La limitation de l'économie de moyen emporte nécessairement une meilleure maîtrise du litige. Toutefois, la limitation de l'économie de moyen s'analyse en un obstacle à la hiérarchie des illégalités puisque, même si la décision gagne à se rapprocher d'une meilleure maîtrise de la chose jugée, elle ne permettra en aucun cas la systématisation des techniques juridiques au stade de la sanction.

### **C- Vers la construction d'un principe de spécialisation de la sanction en contentieux de l'excès de pouvoir ?**

Peut-on imaginer que les décisions du juge administratif se rapprochent de celles en contentieux contractuel ? Dans ce contentieux, le juge administratif a développé un principe de spécialisation de la sanction qui traduit la correspondance entre la gravité de l'illégalité et celle de la sanction. La gravité s'exprime comme « l'impact » sur la procédure de passation ou sur la « morphologie » du contrat<sup>627</sup>. D'ailleurs, « malgré la référence faite à la « nature » de l'irrégularité, la jurisprudence contemporaine s'attache bel et bien à la gravité »<sup>628</sup>. Si l'on s'attache à un considérant de principe, il est possible de déceler ce principe de spécialisation.

Dans la décision *Département Tarn et Garonne* du 4 avril 2014<sup>629</sup>, le juge administratif précise que « après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat ; qu'en présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci ; qu'il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite

---

<sup>623</sup> Art. L. 600-4-1 du code de l'urbanisme : « Lorsqu'elle annule pour excès de pouvoir un acte intervenu en matière d'urbanisme ou en ordonne la suspension, la juridiction administrative se prononce sur l'ensemble des moyens de la requête qu'elle estime susceptibles de fonder l'annulation ou la suspension, en l'état du dossier.

<sup>624</sup> Art. L. 600-5 ; L. 600-5-1 et L. 600-9.

<sup>625</sup> CE, Sect., *Société Eden*, 21 déc. 2018, n°409678.

<sup>626</sup> *Ibid.*

<sup>627</sup> DOUTEAUD S. *La stabilisation des contrats de l'administration par le juge de la validité*, Thèse pour le doctorat de droit public, soutenue à Pau le 12 octobre 2017, p. 826.

<sup>628</sup> *Ibid.* p. 828.

<sup>629</sup> CE, Ass., 4 avril 2014, *Département Tarn et Garonne*, n° 358994.

les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés ».

Ce considérant de principe permet de lier la gravité de l'illégalité constatée à la sanction adéquate. Ainsi, un vice qui n'est pas grave peut être régularisé, un vice intermédiaire nécessitera une résiliation du contrat, un vice très grave se soumettra à l'annulation (totale ou partielle). On pourrait imaginer le même fonctionnement en excès de pouvoir. D'ailleurs, ce raisonnement se déduit des différentes techniques utilisées par le juge. On remarque que certaines illégalités peuvent être régularisées et donc ne sont pas sanctionnées, il s'agit des « illégalités de troisième degré » ; certaines font l'objet d'un aménagement dans la sanction traditionnelle qu'est l'annulation totale (nous y intégrons l'annulation partielle à la différence des vices contractuels), il s'agit des « illégalités de deuxième degré » ; les autres font l'objet d'une annulation totale et rétroactive, il s'agit des « illégalités de premier degré ». On peut alors raisonnablement penser que les décisions du juge de l'excès de pouvoir gagneraient en clarté. Toutefois, il semble assez inenvisageable de raisonner de la sorte en excès de pouvoir et d'appliquer les mêmes mécanismes qu'en contentieux contractuel. Il est permis de s'opposer à un tel mécanisme en excès de pouvoir pour trois raisons, qui ne restent que très théoriques.

Tout d'abord parce que lorsqu'un vice contractuel fait l'objet d'une résiliation ou d'une résolution, le juge du contrat doit préalablement à la sanction qu'il entend donner, vérifier que sa décision « ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général ». Le cas échéant, le juge peut renoncer purement et simplement à la sanction alors même que le contrat est entaché d'une illégalité grave. Un tel mécanisme n'existe pas en excès de pouvoir puisqu'il tient à la logique même de ce contentieux d'annuler (ou d'aménager la sanction) en cas d'illégalité. D'ailleurs, le juge de l'excès de pouvoir subjectiviserait (encore) le recours pour excès de pouvoir en agissant ainsi.

Ensuite, cette « prévision » de l'échelle des sanctions en fonction de la gravité de l'illégalité, a permis au juge du contrat de rendre l'annulation totale résiduelle tout en justifiant objectivement cette volonté. Il serait à tout le moins étonnant que le juge de l'excès de pouvoir souhaite réduire aussi marginalement la place de la sanction qui caractérise (caractérisait ?) l'excès de pouvoir.

Enfin, les techniques de régularisation en excès de pouvoir ne sont pas encore aussi généralisées qu'en contentieux contractuel. Dès lors, la régularisation ne peut toujours être effectuée. Dans le même sens, si la résiliation en contentieux contractuel est largement banalisée, la modulation dans le temps des effets de l'annulation en excès de pouvoir reste exceptionnelle (même si elle est davantage mobilisée que ce à quoi nous aurions pu nous attendre<sup>630</sup>). C'est donc l'office même du juge qui reste en dissonance avec cette possibilité. D'ailleurs, si le juge de l'excès de pouvoir adoptait cette classification à l'intérieur de ses décisions, il ajouterait alors un poids supplémentaire au débat relatif au rapprochement du recours pour excès de pouvoir à celui du plein contentieux. De surcroît, ne pas adopter cette liaison entre la gravité de l'illégalité et la sanction laisse au juge de l'excès de pouvoir une souplesse dans la solution qu'il entend donner au litige. Toutefois, en restant dans cette posture il empêche de rendre véritablement compte d'une hiérarchie des illégalités.

---

<sup>630</sup> V. en ce sens SEILLER B., « Assez d'AC ! », *AJDA* 2018 p. 937.

Cependant, les obstacles théoriques qui faisaient du recours pour excès de pouvoir un recours en annulation ou un recours objectif se sont au fil du temps affaiblis. Il n'est donc pas impensable que le juge de l'excès de pouvoir se dote d'une telle grille. Cela amène une dernière remarque : l'évolution du contentieux fait qu'aujourd'hui on s'intéresse à l'élaboration d'une nouvelle classification des composantes de la légalité. Dans un avenir proche, et au vu de l'évolution continue du recours pour excès de pouvoir, il faudrait peut-être s'interroger (encore...), à l'élaboration d'une nouvelle classification des recours...

\* \* \*

En somme, il paraît impossible en l'état actuel du droit de pouvoir raisonnablement hiérarchiser les illégalités au stade de l'annulation. S'il est possible de le faire de façon abstraite en identifiant le fait qu'une illégalité peut être plus ou moins grave et bénéficierait d'une sanction adéquate, il ne semble pas possible de dire que telle illégalité est moins grave qu'une autre. Autrement dit, à l'inverse du stade de l'examen où il est évident d'affirmer qu'un vice de procédure est moins grave qu'une erreur de droit, au stade de la sanction les chemins restent flous. Nous pouvons remarquer néanmoins que la hiérarchisation qui s'opère au stade de la sanction semble toujours placer les illégalités externes en deçà des illégalités internes. Il n'est pas possible de l'affirmer clairement en dessinant une hiérarchie en l'état actuel du droit et semble difficile de pouvoir l'imaginer dans l'état futur de ce dernier.

# CONCLUSION GENERALE

*« Lorsqu'une chose évolue, tout ce qui est autour évolue de même<sup>631</sup> ».*

Ces quelques mots de l'écrivain brésilien nous permirent d'introduire nos propos, ils nous permettront désormais de les conclure. Il semble que le temps où « le juge de l'excès de pouvoir n'a qu'à examiner si l'acte administratif attaqué doit ou non être annulé en raison du vice qui lui est reproché » et qu' « il n'a pas à se préoccuper des conséquences, positives ou négatives, de son jugement »<sup>632</sup> soit révolu. D'ailleurs, « l'évolution des pouvoirs du juge de l'annulation s'est déplacée du stade du contrôle qu'il exerce sur l'acte attaqué à celui de la portée de sa décision »<sup>633</sup>. Le juge administratif a vu son office progressivement évoluer en se détachant de la logique selon laquelle toute illégalité entraîne l'annulation totale et rétroactive de l'acte. Le temps du « tout ou rien » est dépassé. En développant diverses techniques juridiques, il a subséquemment réorganisé l'importance des vices. Cette réorganisation des vices s'observe par la gravité que le juge leur concède. La gravité des différents vices qui peuvent affecter l'acte en excès de pouvoir peut être graduée et débouche sur la perception d'une hiérarchisation entre ces mêmes vices. Cette hiérarchisation diffère néanmoins entre le stade de l'examen et le stade de la sanction.

Au stade de l'examen, la mobilisation des techniques stabilisatrices a débouché sur une hiérarchisation des vices, qu'il est possible d'arrêter pour en modéliser une hiérarchie. Au sommet de l'échelle des vices, nous apercevons les vices « super-privilegiés » qui sont d'une gravité telle qu'ils ne sont jamais considérés comme de simples défauts mais plutôt comme de véritables illégalités c'est-à-dire des vices sanctionnables. Ces illégalités se voient attribuer un régime juridique privilégié. Les vices « super-privilegiés » comprennent des illégalités particulièrement graves soulevées par une question prioritaire de constitutionnalité ou des moyens d'ordre public. En deçà, on aperçoit là encore des illégalités qui - sans bénéficier d'un régime juridique singulier - se voient traitées de façon avantagée en ce que leur gravité n'est que rarement relativisée. Ainsi, les illégalités internes sont considérées comme des illégalités « privilégiées ». Remarquons que certains vices de forme vacillent entre cette dernière catégorie et la suivante qui se distingue par une relativisation plus marquée de la gravité. Au plus bas de la hiérarchie, on trouve des vices qui peuvent ne jamais devenir des illégalités. Même en viciant l'acte, ce dernier peut ne jamais être censuré en ce que la gravité du vice ne permet pas de justifier une sanction. Les vices « neutres » comprennent alors les vices de procédure et certains vices de forme.

---

<sup>631</sup> COEHLLO P., *l'Alchimiste*, J'ai Lu, 1988, p. 185.

<sup>632</sup> ROMIEU J., Concl. sur CE 4 août 1905, *Martin*, n° 14220, Lebon749 ; RD publ. 1906. 749

<sup>633</sup> LABETOUILLE D., « Le vice de procédure, parent pauvre de l'évolution du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation », in *Terres du droit, Mélanges en l'honneur de Y. Jégouzo*, Dalloz, 2009. 479.

Au stade de la sanction, la gravité semble muter et ne se pose point sous les mêmes questions. Si certains ont pu qualifier pour cette raison le juge de « schizophrène »<sup>634</sup>, nous pensons au contraire qu'il suit une démarche cohérente. La gravité entre les deux stades du procès ne peut se poser en des termes identiques, car si dans le premier le juge doit s'interroger sur l'importance du vice, dans le second il ne doit plus s'interroger que sur les conséquences de la sanction. Des techniques juridiques ont alors permis de graduer la gravité des illégalités au stade de la sanction reflétant une hiérarchisation de ces dernières. Toutefois, la hiérarchisation au stade de la sanction ne permet en aucun cas d'identifier les illégalités qui seraient plus ou moins graves de façon systématique. Dès lors, la hiérarchie semble impossible. Nous pouvons toutefois identifier des catégories d'illégalités en fonction des sanctions qui sont accordées sans toutefois pouvoir identifier avec certitude celles pouvant entrer dans chaque catégorie. Ainsi, nous pouvons constater qu'il existe tout d'abord des illégalités de « premier degré » qui sont si graves qu'elles exigent une annulation totale et rétroactive de l'acte, ensuite il existe des illégalités de « deuxième degré » qui sont moins graves et qui peuvent bénéficier d'un aménagement de la sanction traditionnelle et enfin, les illégalités les moins graves font l'objet de techniques évitant la sanction et se rangent alors dans les illégalités de « troisième degré ».

La hiérarchie des illégalités put paraître intangible dans l'excès de pouvoir, mais elle se révèle peu à peu. Elle nécessite pourtant une étude plus approfondie que dans d'autres contentieux mais dévoile l'avantage de réactiver des problématiques du contentieux administratif général ; que l'on pense notamment à la subjectivisation du recours pour excès de pouvoir, son rapprochement avec le contentieux de pleine juridiction, ou encore au renouvellement des classifications des cas d'ouverture de l'excès de pouvoir. L'étude de la hiérarchie des illégalités semble, aujourd'hui, presque nécessaire puisque dans la lignée de la décision *Société Eden*<sup>635</sup> le requérant qui souhaite hiérarchiser ses moyens devra s'intéresser à cette hiérarchie. Le contentieux de l'excès de pouvoir semble désormais assez « mûr » pour assurer l'étude de la hiérarchie des illégalités dans ce contentieux si singulier. Pour autant, notamment au stade de la sanction et même plus développé que par le passé, le contentieux de l'excès de pouvoir n'a peut-être pas encore épuisé toutes les évolutions qui s'offrent à lui.

Nous nous devons désormais d'exprimer une certitude et un espoir. En essayant de construire une hiérarchie des illégalités dans le contentieux de l'excès de pouvoir nous nous sommes aperçu que ce qui pouvait paraître simple était en réalité complexe. Cette ébauche de hiérarchie s'est tentée à résoudre cette complexité par une clarification. Toutefois, cette tentative de clarification se matérialise en une classification selon une échelle prédéterminée. Autrement dit, la hiérarchie que nous avons étudiée sous l'angle du critère de la gravité reste une classification. Or, comme le soulignait Charles Eisenmann, il n'est pas possible « de démontrer *more geometrico* que tel critère soit le meilleur et doive être choisi à l'exclusion de tout autre. Reconnaître le critère le plus valable révèle d'un certain « sens rationnel » qui est, comme le sens esthétique, finesse et justesse, affaire de goût et d'instinct »<sup>636</sup>. C'est là qu'apparaît notre certitude : la hiérarchie des illégalités fondée sur la gravité que nous avons menée souffre évidemment d'insuffisances, d'erreurs d'appréciation voire de

---

<sup>634</sup> MAMOUDY O., « Sécurité juridique et hiérarchisation des illégalités dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *AJDA* 2019 p. 1108.

<sup>635</sup> Conseil d'État, Sect., *Société Eden*, 21 déc. 2018, n°409678.

<sup>636</sup> EISENMANN C., « Essai de classification théorique des formes politiques », *Politique - Revue internationale des idées, des institutions et des événements politiques*, Nouv. série, n° 41-44, Paris, CNRS, 1968, p. 12

« fausse(s) prophétie(s) »<sup>637</sup>. Cette certitude est bienvenue car elle mènera à la discussion et donc à l'avancée. En cela, cette certitude fonde notre espoir (qui fait d'ailleurs écho à l'intérêt actuel de l'étude que nous venons d'énoncer) qui ose résider dans la perspective d'un approfondissement de la problématique. Que l'excès de pouvoir continue d'évoluer, il n'y a là aucun doute. Que la hiérarchie des illégalités s'affine consubstantiellement est une certitude. Fondons alors l'espoir qu'elle puisse être retravaillée, rediscutée et solidifiée.

---

<sup>637</sup> Pour reprendre l'expression de Lucien SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen Haurion au droit administratif français*, LGDJ, 1966, p. 300.

# BIBLIOGRAPHIE

## I- OUVRAGES

**ALIBERT R.**, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, 1926, Payot.

**AUBY J.-M. et DRAGO R.**, *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 3e éd., 1984, t. II.

**AUCOC L.**, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Dunod, 1ère éd., 1869.

**BONNARD R.**, *Précis de droit administratif*, 4e éd., 1943, LGDJ.

**BONNET J. et GADHOUN P.-H.**, *La question prioritaire de constitutionnalité*, PUF, 2014.

**BONNET J., GAHDOUN P.-Y., ROUSSEAU D.**, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 2016.

**BROYELLE C.**, *Contentieux administratif*, LGDJ, 3ème ed., 2015-2016.

**CHABANOL D.**, *Le juge administratif*, LGDJ, 1993.

**CHAPUS R.**, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13e éd.

**DRAGO G.**, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 2006, 2e éd.

**HAURIOU M. :**

- *Précis de droit administratif contenant le droit public et le droit administratif*, Larose et Forcel, 1892.
- *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 11e éd., 1927.

**LAFERRIERE E.**, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. I, 1re éd., 1887-1888.

**LANDON P.**, *Le recours pour excès de pouvoir depuis 1954 : douze ans de jurisprudence*, LGDJ, 1968.



**ODENT R. :**

- *Contentieux administratif*, Les Cours de droit 3e éd., 1979-1980.
- *Contentieux administratif*, Les Cours de droit, 6e éd., 1977-1981.

**RICHER L.**, *Droits des contrats administratifs*, LGDJ, 2014, 9<sup>ème</sup> ed.

**SEILLER B. et GUYOMAR M.**, *Contentieux administratif*, Hypercours, Dalloz, 4e édition, 2017.

**VEDEL G. et DELVOLVÉ P.**, *Droit administratif*, PUF, t. II, 12e éd., 1992.

## **II- FASCICULES JURIDIQUES**

**FRIER P.-L. :**

- « Motifs : contrôle », in *Répertoire Dalloz*, 2005 (actualisation 2014)
- « Vice de forme », in *Répertoire Dalloz*, octobre 2004 (actualisation 2014).
- « Vice de procédure », in *Répertoire Dalloz*, octobre 2004 (actualisation 2014).

**GONOD P.**, « Détournement de pouvoir et de procédure », in *Répertoire Dalloz* 2008, (actualisation 2010).

**LABETOULLE D.**, « Titre préliminaire » in *J-Cl. de justice administrative*.

**LACHAUME J.F.**, « Violation de la règle de droit », in *Répertoire Dalloz*, 2013, (actualisation 2015).

**LEGRAND A.**, « Incompétence », in *Répertoire du contentieux administratif* / Février 2001, (actualisation 2014).

**MELLERAY F.**, « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation » in *Répertoire du contentieux administratif* / Janvier 2007, (actualisation 2014).

**STAHL J.-H.**, « Recours en cassation » in *Répertoire de Contentieux administratif*.

## **III- ENCYCLOPÉDIES ET DICTIONNAIRES**

**CORNU G.**, *Vocabulaire juridique*, PUF, éd. 2011.

## **IV- THÈSES**

**CALOGEROPOULOS A.**, *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs*, thèse, LGDJ, 1983.

**DOUTEAUD S.**, *La stabilisation des contrats de l'administration par le juge de la validité*, Thèse pour le doctorat de droit public, soutenue à Pau le 12 octobre 2017.

**DEBOUY C.**, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, P.U.F., Publications de la faculté de droit et de sciences sociale de Poitiers, 1980.

**GAUDEMET S.**, *La clause réputée non écrite*, PUAM, recherches Juridiques, 2006.

**MELLERAY F.**, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, LGDJ, 2001.

**NOYER B.**, *Essai sur la contribution du doyen Bonnard au droit public français. Étude d'une étape de la participation de l'École de Bordeaux à la construction de l'État de Droit*, 1984.

## V- ARTICLES

**ARRIGHI DE CASANOVA J.**, « Les habits neufs du juge administratif », *Mélanges D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 11.

**BÉCHILLON (De) D. :**

- « Cinq Cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, vol. 137, n° 2, 2011, pp. 33-45.
- « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires – Contre », *RFDA* 2018, p. 662.

**BERLIA G.**, « Le vice de forme et le contrôle de la légalité des actes administratifs », *RDP*, 1940, p. 373.

**BEZZINA A.-C.**, « 2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence AC ! », *RFDA* 2014, p. 735.

**BOUILLON H. :**

- « Pour une subjectivisation de l'annulation partielle des actes administratifs unilatéraux », *AJDA* 2017, p. 217.
- « La régularisation d'un acte administratif après annulation conditionnelle : une technique en gestation », *AJDA* 2018, p. 142.

**BRAIBANT G.**, « Du simple au complexe, quarante ans de droit administratif, 1953-1993 », *EDCE* 1994, n°45.

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

**BRETONNEAU A.**, « L'incompétence négative, « faux ami » du juge administratif ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 46, janvier 2015, p. 21 À 28.

**CASSIA P.**, « L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure », *RFDA* 2012, p. 296.

**CHAUVAUX D. et GIRARDOT T.-X.**, « Précision quant à l'office du juge de l'injonction », *AJDA* 1997, p. 584.

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

**DELVOLVE P.**, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires - Des arguments pour ? », *RFDA* 2018, p. 665.

**DOMINO X. et BRETONNEAU A. :**

- « Le vice, mode d'emploi », *AJDA*, 2012, p. 195.
- « Jurisprudence Danthony : bilan après 18 mois », *AJDA* 2013, p. 1733.

**DOUTEAUD S. :**

- « Jurisprudence Danthony : théorie des moyens inopérants, des formalités non substantielles ou des vices non substantiels ? », *RFDA* 2018, p. 109.
- « Pour une clarification de la distinction entre moyens inopérants et moyens irrecevables en contentieux administratif », *RFDA* 2016, p. 697.

**DUTHEILLET DE LAMOTHE L. et ODINET G.**, « La régularisation, nouvelle frontière de l'excès de pouvoir », *AJDA* 2016, p. 1859.

**EISENMANN C.**, « Essai de classification théorique des formes politiques », *Politique - Revue internationale des idées, des institutions et des événements politiques*, Nouv. série, n° 41-44, Paris, CNRS, 1968, p. 12.

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

**FONTENELLE (De) L.**, « La notion d' « influence » dans le recours pour excès de pouvoir », *RFDA* 2018, p. 312.

**FRIEDRICH C.**, « Procédure contentieuse - Une victoire de l'État de droit à la Pyrrhus : les vices de forme et de procédure laissés sur le champ de bataille », *JCP Adm.* 2018, p. 2197.

**GAZIER F.**, « Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950 », *EDCE*, 1951.

**GENEVOIS B.**, « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFDA* 2000, p. 724.

**GUILLAUME M. :**

- « La question prioritaire de constitutionnalité », *Justice et cassation, revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, 2010.
- « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, N° 30, janvier 2011.
- « QPC : textes applicables et premières décisions », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, N° 29, octobre 2010.

**HOSTIOU R.**, « Simplification du droit, sécurité juridique et nouvel office du juge administratif », *RFDA* 2012, p. 423.

**JANICOT L. et ROUILLE J.-C.**, « La demande en appréciation de régularité d'une décision administrative », *RFDA* 2018, p. 821 s.

**LANGELIER E., VIROT-LANDAIS A.**, « Mérites et limites du recours à la régularisation des actes viciés », in *JCP Administration et Collectivités territoriales*, n° 30-34, 27 juillet 2015, p. 2245.

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

**MELLERAY F.**, « Requiem pour le vice de procédure ? », *AJDA* 2018, p. 1241.

**MAMOUDY O. :**

- « D'AC ! à M6 en passant par Danthony », *AJDA* 2014, p. 501.
- « Une balance déséquilibrée », *AJDA* 2019, p. 1087.
- « Sécurité juridique et hiérarchisation des illégalités dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *AJDA* 2019, p. 1108.

**MARCOVICI L.**, « Principe de légalité : nouvel équilibre ou déséquilibre assumé ? », *AJDA* 2019, p. 361.

**MIALOT C.**, « L'arrêt Danthony du point de vue du justiciable », *AJDA* 2012, p. 1484.

**MOLFESSIS N.**, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs* 2011/2, n° 137, pp. 83 à 99.

**NOGUELLOU R.**, « Régularisation et droit de l'urbanisme », *RFDA* 2018, p. 370.

**PELLISSIER G.**, « 4 ans d'application de la jurisprudence AC – une nouvelle dimension de l'office du juge » *Revue juridique de l'économie publique*, n° 656 août/septembre 2008.

**REVERT M.**, « La recevabilité de l'exception d'illégalité des documents d'urbanisme à l'épreuve du droit spécial de l'article L. 600-1 », *RDI* 2019, p. 181.

**RIVERO J.**, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *EDCE*, 1955.

**ROBBE J.**, « De l'intérêt (relatif) de la distinction entre légalité externe et légalité interne », *RFDA* 2018, p. 85.

**ROTOULLIE J.-C.**, « Sécurité juridique et tolérance des illégalités », *AJDA* 2019, p. 1094.

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

**ROUSSEL S. et NICOLAS C. :**

- « Contentieux des actes réglementaires : bouquet final », *AJDA* 2018, p. 1206.
- « Documents d'urbanisme : régulariser à tout prix », *AJDA* 2018, p. 272.

**SAUVE J.-M.**, « Un corridor de Vasari au Conseil d'État. Autoportraits du juge en son office », *AJDA* 2013, p. 1669.

**SEILLER B. :**

- « Nouvelle restriction de l'invocabilité des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », *Gaz. Pal.* 9 oct. 2018, n° 34, p. 30.
- « Assez d'AC ! », *AJDA* 2018, p. 937.

**SOLER-COUTEAUX P.**, « En application de l'article L. 600-9 du code de l'urbanisme, l'administration peut spontanément régulariser un acte annulé et en communiquer les éléments au juge d'appel qui peut les accueillir sans surseoir à statuer », *RDI* 2018, p. 175.

**STAHL J.-H. et COURRÈGES A.**, « La modulation dans le temps des effets d'une d'annulation contentieuse », *RFDA* 2004, p. 438.

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

**THIELE R.**, « Annulations partielles et annulations conditionnelles », *AJDA* 2015, p. 1357.

**TOUZEIL-DIVINA M.**, Procédure contentieuse – « La puissance publique - après deux mois - peut se moquer de l'État de droit : RIP l'exception d'illégalité », *JCP Adm.* 2018. Actu., p. 469.

**VIER C.-L.**, « La nullité des contrats publics », in « *les effets de la rupture du contrat administratif* », *C.P.-A.C.C.P.*, 2002, n°16, p. 25.

**WODIE F.**, « L'inexistence des actes juridiques unilatéraux en droit administratif français », *AJDA* 1969, p. 76.

## VI- ACTES DE COLLOQUES ET RAPPORTS

« L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État », Journée d'étude organisée au Conseil d'État par le CRDC de l'Université de Paris I, 2011.

Rapport public du Conseil d'État 1991, *De la sécurité juridique*, La documentation française, 1992, p. 15

Rapport public du Conseil d'État 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, n° 57.

**SAUVE J.-M.**, « Le "nouveau procès administratif" », Intervention lors des États généraux du droit administratif organisés à la Maison de la Chimie le 27 sept. 2013.

## VII- MÉLANGES

**BRAIBANT G. :**

- « Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit », in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 91.
- « Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Conseil d'État », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, 2001, p. 191.

**DRAGO R.**, « Un nouveau juge administratif », in *Mélanges Jean Foyer*, 1997, PUF, p. 451.

**LABETOULLE D. :**

- « Principe de légalité et principe de sécurité », in *Mélanges Guy Braibant*, Dalloz 1996, p. 403.
- « Le vice de procédure, parent pauvre de l'évolution du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation », in *Terres du droit, Mélanges en l'honneur de Y. Jégouzo*, Dalloz 2009, p. 479.

**STAHL J.-H.**, « La longue marche de l'exception d'inconstitutionnalité », in *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 998.

**STIRN B.**, « Juridiction et jurisprudence administrative : le temps du mouvement », in *Mélanges M. Troper*, Economica, 2006, p. 939.

## VIII- NOTES      OBSERVATIONS      CHRONIQUES      ET COMMENTAIRES

**AUBY J.M.**, note sous CE, 30 juin 1950, *Sieur Quéralt*, S. 1951. 3. 85.

**HAURIOU M.**, note sous CE, 4 avril 1914, *Gomel*, S. 1917. III. 25.

**MELLERAY F.**, note sous CE, Sect., 30 déc. 2010, *Robert*, Dr. adm. mars 2011, p. 29.

## **IX- CONCLUSIONS**

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

**DAUMAS V.**, Concl. sur CE, Sect., 1er juillet 2016, commune d'Émerainville, n° 363047.

**DENOIX DE SAINT MARC R.**, Concl. sur CE, Sect., 20 janvier 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, n° 99613.

**DEVYS C.**, Concl. sur CE, Ass., 11 mai 2004, *AC !*, n° 255886 .

**DUMORTIER G.**, Concl. sur CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n°335033.

**FRYDMAN P.**, Concl. sur CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243.

**GUYOMAR M.**, Concl. sur :

- CE, 12 décembre 2007, *Sire et Vignard*, n° 296072 et 296818.
- CE, Sect., 31 octobre 2008, *Section française de l'OIP*, n° 293785RFDA.

**HAGELSTEEN M.-D.**, Concl. sur CE, Sect., 11 janvier 1991, *SA Morgane*, n° 90995.

**KHAN J.**, Concl sur CE, Ass., 12 décembre 1969, *Sieur de Talleyrand-Périgord* n° 73969, *AJDA* 1970, II, p. 34.

**LASRY C.**, Concl. sur CE, Sect., 23 mars 1956, *Louis*, Lebon p. 136 ; D. 1957 p. 159.

**LATOURNERIE R.**, Concl. sur CE, Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi et Dame veuve Coudert*, recueil p. 966.

**PRADA-BORDENAVE E.**, Concl. sur CE, sect., 25 février 2005, *France Telecom*, n° 247866.

**ROMIEU J.**, Concl. sur CE, 4 août 1905, *Martin*, n° 14220.

**SILVA (De) I.**, Concl. sur CE, Sect., 6 février 2004, *Hallal*, n° 240560.

**STAHL J.-H.**, Concl. sur CE, Sect., 3 décembre 2003, *Préfet de la Seine-Maritime c/ El Babi*, n° 240267.

**VIALETTES M.**, Concl., sur CE, 17 avril 2013, *Confédération française de l'encadrement - Confédération générale des cadres [CFE-CGC]*, n° 352245.

## **X- TEXTES OFFICIELS**

Constitution du 4 octobre 1958.

Convention européenne des droits de l'homme.

### **- Codes**

Code civil.

Code de justice administrative.

Code de l'urbanisme.

### **- Lois**

#### **➤ Lois constitutionnelles**

Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

#### **➤ Lois organiques**

Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

#### **➤ Lois ordinaires**

Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

Loi n° 94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction.

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

Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 - JORF 16 juillet 2006 portant engagement national pour le logement.



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

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

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

### ➤ **Projets de loi**

Projet de loi constitutionnelle portant révision des articles 61, 62 et 63 de la Constitution et instituant un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception n°1203 déposé à l'Assemblée nationale le 30 mars 1990.

Projet de loi constitutionnelle portant révision de la constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VII, VIII, IX et X (dispositions modifiant le titre VII) - 10 mars 1993.

### - **Ordonnances**

Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

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

### - **Textes réglementaires**

Décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers.

Décret n° 2010-148 du 16 février 2010 portant application de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

## **XI- TABLE DE JURISPRUDENCE**

### - **TRIBUNAL DES CONFLITS**

TC, 21 juillet 1876, *Ducatel c. Véron*, Rec., p. 702.

TC, 17 juin 2013, *Bergoend c. Société ERDF Annecy Léman*, n° C3911.

### - **CONSEIL D'ETAT**

CE, 26 novembre 1875, *Pariset*, Rec. p. 934.

CE, 3 juillet 1896, *Syndicat de l'association des vidanges d'Arles*, n° 82435.

CE, 24 janvier 1902, *Arévard et Chambre syndicale des propriétés immobilières de la Ville de Paris*, n° 00106.

CE, 31 juillet 1903, *Picard*, Rec. p. 585.

CE, 28 juillet 1905, *Boitel de Dienval*, n° 11781.

CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables quartier Croix-de-Séguey-Trivoli*, n° 19167.

CE, 19 mai 1911, *delle Le Coz*, n° 32384.

CE, 4 avril 1914, *Gomel*, n° 55125.

CE, 14 janvier 1916, *Camino*, Rec. CE, p. 15.

CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, n° 61593.

CE, 20 janvier, 1922, *Trépont*, Lebon 65.

CE, Ass., 2 novembre 1923, *Assoc. des fonctionnaires de l'administration centrale des PTT*, Leb. p. 699.

CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, n° 88369.

CE, 25 novembre 1931, *Barthélemy*, Rec. p. 1020.

CE, 14 mars 1934, *Delle Rault*, Rec. p. 337.

CE, 11 janvier 1935, *Gras*, Lebon 40.

CE, 6 novembre 1936, *Arrighi*, n° 43321.

CE, 8 novembre 1944, *Consorts Auger*, Rec., p. 285.

CE, 26 décembre 1945, *Frêne*, Rec., p. 271.

CE, sect., 2 mai 1947, *Vaudrey*, n° 62213.

CE, 4 juin 1947, *Entreprise Chemin*, Rec. p. 246.

CE, 9 avril 1948, *Leroux*, n° 81960.

CE, 25 juin 1948, *Société du journal l'Aurore*, n° 94511.

CE, 5 novembre 1948, *Nandou*, Lebon 524.

CE, Ass., 27 mai 1949, *Véron-Reville*, n° 93122 96949.

CE, Ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, n° 86949.

CE, 30 juin 1950, *Sieur Quéralt*, n° 99882.

CE, 25 mai 1952, *Bonnec*, n° 51873.

CE, 30 juin 1952, *Balenciaga*, Rec. p. 340.

CE, 4 juillet 1952, *Decharme*, n° 85621.

CE, Sect., 19 décembre 1952, *delle Mattéi*, n° 7133.

CE, Sect., 20 février 1953, *Sté Intercopie*, n° 9772.

CE, 1er juin 1953, *Vasnier*, Lebon 254.

CE, 23 janvier 1953, *Courajoux*, Lebon 31.

CE, Ass., 15 juillet 1954, *Sté des aciéries et forges de Saint-François*, n° 4190.

CE, 10 février 1956, *Thorame*, T. 733.

CE, Sect., 23 mars 1956, *Dame veuve Ginestet*, n° 3587.

CE, Sect., 11 mai 1956, *Société française des transports Gondrand frères*, Lebon 202.

CE, Sect., 8 mars 1957, *Rozé et autres*, Lebon p. 147.

CE, Ass., 31 mai 1957, *Rosan Girard*, n° 26188 26325.

CE, Sect., 14 novembre 1958, *Ponard*, requête n° 35399.

CE, 6 juin 1958, *Chambre de commerce d'Orléans et autres*, n° 39829.

CE, Sect., 26 juin 1959, *Syndicat algérien de l'éducation surveillée CFTC*, n° 38299.

CE, Sect., 6 novembre 1959, *Coopération Laitière de Belfort*, Rec. p. 581.

CE, Ass., 24 juin 1960, *Société Frampar et Société France Edition et Publications*, n° 42289.

CE, Ass., 10 février 1961, *Sieur Chabran*, n° 49300.

CE, 19 mai 1961, *Gianotti*, Rec. p. 346.

CE, Sect., 13 octobre 1961, *Ville Marseille*, Lebon p. 567.

CE, 30 mars 1962, *Association nationale de la meunerie*, n° 48017.

CE, Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, n° 55049, 55055.

CE, 11 avril. 1962, *Lemonnier*, Lebon p. 263.

CE, 29 mai 1963, *Maurel*, Lebon 334.

CE, 31 mai 1963, *Kraemer*, Lebon p. 337.

CE, 4 mars 1964, *Veuve Borderie*, Rec. p. 157.

CE, 10 juillet 1964, *Compagnie française des conduites d'eau*, n° 56688.

CE, 29 janvier 1965, *Mollaret et Syndicat national des médecins des hôpitaux publics*, n° 59853 et 59856.

CE, Sect., 28 janvier 1966, *Société La Purfina française*, n° 60273.

CE, Ass., 12 janvier 1968, *Ministre de l'Economie et des Finances c/ Dame Perrot*, n° 70951.

CE, 23 janvier 1968, *Szydlo*, Lebon p. 1068.

CE, 13 mars 1968, *Election du maire et de l'adjoint de Talasani*, n° 72329.

CE, Sect., 8 novembre. 1968, *Ministre de l'économie et des finances c/ Menez*, n° 72371.

CE, 29 janvier 1969, *Dame veuve Chanebout*, n° 66080.

CE, 19 mars 1969, *Caisnel*, n° 69056.

CE, Ass., 12 juillet 1969, *Chambre de commerce et d'industrie de Saint-Étienne*, n° 76089.

CE, 15 octobre. 1969, *Forasetto*, n° 66940 66941 66942 66943 66944.

CE, 2 octobre 1970, *Gaillard*, n° 76124.

CE, Sect., 5 février 1971, *Mégard*, n° 76236.

CE, 5 mai 1971, *Préfet de Paris et ministre de l'intérieur*, n° 75655.

CE, 11 juin 1971, *Assistance publique Paris c/ Duvoisin*, n° 75239.

CE, Sect., 29 octobre 1971, *Sieur X*, n° 75012.

CE, 28 novembre 1973, *Bertrand*, n° 86893.

CE, Sect, 21 mars 1975, *Ministre des finances c/ Sieur X*, n° 85496.

CE, Sect., 21 novembre 1975, *SA La grande brasserie moderne*, n° 90171.

CE, Sect., 22 juillet 1976, *Ministre du travail c/ Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales du Jura*, N° 96526.

CE, Sect., 15 octobre 1976, *Sté Nord-Travaux*, n° 95163.

CE, 12 novembre 1976, *Commune d'Élancourt*, Rec. p. 1071.

CE, Sect., 1er juillet 1977, *Ministre Agriculture c/ Hublart*, Rec. p. 301.

CE, Sect., 20 janvier 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, n° 99613.

CE, Ass., 9 juin 1978, *SCI du boulevard Arago*, n° 02403.

CE, 10 novembre 1978, *Chambre syndicale des cochers et chauffeurs de place de la région parisienne*, n° 04904.

CE, 22 décembre 1978, *Syndicat viticole des Hautes Graves de Bordeaux*, n° 97730.

CE, 10 janvier 1979, *Société transport Gasc et fils*, Rec. p. 855.

CE, Ass., 8 juin 1979, *Confédération générale des planteurs de betteraves*, n° 04188.

CE, 16 novembre 1979, *Syndicat national de l'éducation physique*, n° 08787.

CE, 14 décembre 1979, *Mme Pointe*, n° 10755.

CE, Sect., 9 novembre 1979, *Union nationale des commerces de gros de fruits et légumes*, n° 09083.

CE, Sect., 23 mai 1980, *Cne d'Évaux-les-Bains*, n° 17583.

CE, Sect., 19 décembre 1980, *Révillod*, n° 12387.

CE, Ass., 20 novembre 1981, *Association pour la protection de la vallée de l'Ubaye*, n° 20710.

CE, Sect., 19 février 1982, *Fédération parisienne du bâtiment et des activités annexes*, n° 21096.

CE, Sect., 16 septembre 1983, *Ministre du travail c/ Mme Saurin*, Lebon p. 390.

CE, Sect., 9 décembre 1983, *Gasparini*, Lebon p. 495.

CE, 25 juillet 1985, *Mme Dagostini*, n° 68151.

CE, Ass., 20 décembre 1985, *SA Établissements Outters*, n° 31927.

CE, 1er octobre 1986, *Assemblée permanente des chambres d'agriculture*, n° 53047.

CE, Ass., 8 avril 1987, *Procopio*, n° 79840.

CE, 24 juillet 1987, *Brolin*, n° 44897.

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

CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243.

CE, Sect., 6 juillet 1990, *Baptiste*, n° 92330.

CE, Sect., 11 janvier 1991, *SA Morgane*, n° 90995.

CE, 5 juin 1991, *Association Amicale des magistrats et anciens magistrats de la Cour des comptes*, n° 76224.

CE, 29 novembre 1991, *Synd. des commerçants non sédentaires de la Savoie*, n° 129441.

CE, 13 décembre 1991, *Préfet de l'Hérault c/ Dakoury*, n° 120560.

CE, 18 décembre 1991, *Syndicat national industrie pharmaceutique*, n° 86552.

CE, Ass., 11 mars 1994, *SA la Cinq*, n° 115052.

CE, 16 décembre 1994, *Beckert*, Rec. p. 748.

CE, 16 janvier 1995, *SARL Constructions industrielles pour l'agriculture*, n° 112746.

CE, 31 mars 1995, *Commune de Saint-Bon la Tarentaise*, n° 139859.

CE, 28 juin 1996, *Ministre Éducation nationale c/ Raoof*, n° 135433.

CE, Ass., 10 juillet 1996, *Cayzele*, n° 138536.

CE, 25 octobre 1996, *préfet du Morbihan*, n° 143362.

CE, 4 avril 1997, *Marchal*, n° 177987.

CE, Sect., 30 juin 1997, *Kessai*, N° 168019.

CE, 30 juillet 1997, *Confédération nationale de la production française des vins doux naturels d'appellation d'origine contrôlée*, n° 147826.

CE, 27 avril 1998, *Benchabanne*, n° 165419.

CE, 1er juillet 1998, *Préfet de l'Isère*, n° 187491.

CE, Ass., 3 juillet 1998, *Syndicat des médecins de l'Ain et autres* n° 188004.

CE, Ass., 3 juillet 1998, *Syndicat national de l'environnement CFDT et autres*, n° 177248, 177320, 177387.

CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran*, n°200286 200287.

CE, Sect., 3 février 1999, *Montaignac*, n° 149722, 152848.

CE, 24 mars 1999, *Ministre délégué au budget c/ Cne Grézillac*, n° 180805.

CE, Sect., 1<sup>er</sup> octobre 1999, *Association pour l'unification du christianisme mondial*, n° 170598.

CE, 7 janvier 2000, *Epoux Philippe*, n° 186108.

CE, Sect., 16 mai 2001, *Préfet de police*, n° 231717.

CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, n° 213229.

CE, 27 juillet 2001, *Titran*, n° 222509.

CE, Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de la Défense c. Diop*, n° 212179.

CE, Ass., 6 décembre 2002, *Maciolak* n° 239540.

CE, 5 mars 2003, *Titran*, n° 241325.

CE, Sect., 20 juin 2003, *Stilinovic*, n° 248242.

CE, 30 juillet 2003, *Chatin-Tsai*, n° 248954.

CE, 28 novembre 2003, *Mme Aïcha X*, n° 249389.

CE, Sect., 3 décembre 2003, *Préfet de la Seine-Maritime c/ El Babi*, n° 240267.

CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, n° 248950.

CE, Sect., 6 février 2004, *Hallal*, n° 240560.

CE, Ass., 11 mai 2004, *Association ACL*, n° 255886.

CE, 23 juin 2004, *Sté Laboratoires Genevrier*, n°257797.

CE, 29 octobre 2004, *Sueur*, n° 269814.

CE, 25 février 2005, *France Télécom*, n° 247866.

CE, 20 avril 2005, *Association « Triangle génération humanitaire »*, n° 267416.

CE, 16 décembre 2005, *Commune d'Arpajon*, n° 273861.

CE, 28 décembre 2005, *Union syndicale des magistrats administratifs*, n° 274527.

CE, 11 janvier 2006, *Association Des familles victimes du saturnisme*, n° 267251.

CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG*, n° 288460.

CE, 7 juin 2006, *Association AIDES et autres*, n° 285576.

CE, Sect., 27 septembre 2006, *Société Janfin*, n° 260050.

CE, 21 décembre 2006, *Union syndicale solidaires fonctions publiques et assimilés*, n° 287812.

CE, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n° 279522.

CE, 27 avril 2007, *Lipinski*, n° 274992.

CE, 11 juillet 2007, *Union syndicale des magistrats administratifs*, n° 302040.

CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux signalisation*, n° 291545.

CE, 12 décembre 2007, *Sire*, n° 296072.

CE, 19 décembre 2007, *Société Sogeparc-CGST, Compagnie générale de stationnement*, n° 260327.

CE, 28 décembre 2007, *Arsicaud Beving*, n° 282309.

CE, Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n° 305420.

CE, 27 octobre 2008, *Fédération départementale des associations agréées de la pêche et de protection du milieu aquatique de l'Orne*, n° 307546.

CE, 29 octobre 2008, *Fédération Générale des retraités des chemins de fer de France et d'outre-mer*, n° 307212.

CE, 19 décembre 2008, *Kierzkowski-Chatal*, n° 312553.

CE, 3 mars 2009, *Association Française contre les myopathies*, n° 314792.

CE, Sect., 12 octobre 2009, *Petit*, n° 311641.

CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802.

CE, 28 décembre 2009, *Syndicat de la magistrature*, n° 312314.

CE, 31 mars 2010, *Madame Delasara*, n° 306122.

CE, 14 mai 2010, *Rujovic*, n° 312305.

CE, 18 juin 2010, *Ville de Paris*, n° 326708.

CE, 21 février 2011, *Société Ophrys*, n° 337349.

CE, 27 juin 2011, *Conseil départemental de Paris de l'Ordre des chirurgiens-dentistes*, n°339568.

CE, 15 avril 2011, *Neveu*, n° 320073.

CE, 3 août 2011, *Craeye*, n° 326754.

CE, 2 décembre 2011, *FNATH, Association des accidentés de la vie*, n° 347497.

CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n°335033.

CE, 25 janvier 2012, *Assoc. réadaptation et promotion enfants et jeunes [ARPEJ]*, n° 336959.

CE, 17 février 2012, *Chiesi SA*, n° 332509.

CE, 22 février 2012, *Sarrazin*, n° 343052.

CE, 27 avril 2012, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole [SNETAP-FSU]*, n° 348637.

CE, 15 mai 2012, *Fédération Interco CFDT*, n° 339834.



CE, 4 juillet 2012, *Département de Saône et Loire*, n° 356168.

CE, 23 juillet 2012, *Association générale des producteurs de maïs*, n° 341726.

CE, 13 mars 2013, *Dpt Tarn-et-Garonne c/ Épx Berges* n° 339943.

CE, 10 juin 2013, *Commune de Conflans-Sainte-Honorine*, n° 355791.

CE, 19 juin 2013, *M. Jean J*, n° 356084.

CE, 19 juin 2013, *Fédération professionnelle des entreprises du sport et des loisirs*, n° 352898.

CE, 17 juillet 2013, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n° 354103.

CE, 17 juillet 2013, *Syndicat national des professionnels de santé au travail et autres*, n° 358109.

CE, 9 octobre 2013, *Société Sotonel S. A.*, n°360137.

CE, 16 octobre 2013, *Société Électricité de France et autres* n° 358701.

CE, Ass., 23 décembre 2013, *Société M6*, n° 363702.

CE, 30 décembre 2013, *Sté EDP Renewables France*, n° 352693.

CE, 31 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c. Nassiri*, n° 367306.

CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, n° 358994.

CE, 9 avril 2014, *Société Copalex*, n° 357168.

CE, Sect., 13 mars 2015, *Mme Ciaudo*, n° 358677.

CE, Sect., 13 mars 2015, *Office de développement de l'économie agricole d'outre-mer (ODEADOM)*, n° 364612.

CE, 10 juin 2015, *Élections. Municipales de Michelbach-le-Bas*, n° 383585.

CE, 1er octobre 2015, *M. B. et Mme. A*, n° 374338.

CE, 9 novembre 2015, *Syndicat nation Solidaires Justice* n° 385962.

CE, Sect., 11 décembre 2015, *COP 21*, n°395009.

CE, 15 avril 2016, *M. L.*, n° 372130.

CE, 9 juin 2016, *Syndicat mixte du Piémont des Vosges et autres*, n° 363638.

CE, Sect., 1er juillet 2016, *Commune d'Emerainville*, n° 363047.

CE, 11 juillet 2016, *Premier min. c/ Assoc. Ethique et Liberté*, n° 392586.

CE, 28 septembre 2016, *Association pour la prévention de la corruption et pour l'éthique en politique*, n° 399173.

CE, 28 septembre 2016, *M. E. C.*, n° 377190.

CE, 7 décembre 2016, *CARSAT Aquitaine*, n° 386304.

CE, 22 février 2017, *Mme Bonhomme et autres*, n° 392998.

CE, 15 mars 2017, *Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social*, n° 387728.

CE, 17 mars 2017, *Chambre de commerce et d'industrie de région Paris Ile-de-France*, n° 392467.

CE, 20 mars 2017, *Association de défense des agriculteurs de La Réunion*, n° 395326.

CE, 26 avril 2017, *EURL 2B*, n° 400457.

CE, Ass., 19 juillet 2017, *Association nationale des opérateurs détaillants d'énergie*, n°370321.

CE, Sect., 22 décembre 2017, *Commune de Sempy*, n° 395963.

CE, 28 décembre 2017, *Association Présences des terrasses de la Garonne*, n° 402362.

CE, 9 février 2018, *Communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération*, n° 404982.

CE, Sect., 16 février 2018, *Thomas*, n° 395371.

CE, 21 février 2018, *Fédération Allier Nature*, n° 401344.

CE, 9 mars 2018, *Société Enedis*, n° 407516.

CE, 28 mars 2018, *Sté imprimerie Georges frères*, n° 410552.

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

CE, 29 juin 2018, *Commune de Sempy*, n° 395963.

CE, 26 septembre 2018, *Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA)*, n°406169.

CE, 22 octobre 2018, *M. F. et autres*, n° 406746.

CE, 12 décembre 2018, *SCEA du Château Montel*, n° 409449.

CE, Sect., 21 décembre 2018, *Sté Eden*, n° 409678.

CE, Avis, 13 février 2019, *Société Active Immobilier et de l'EURL Donimmo*, n°425568.

CE, 15 mars 2019, *Société anonyme gardéenne d'économie mixte* n° 413584.

CE, 5 avril 2019, *M. B... et autres*, n° 420608.

CE, 5 avril 2019, *Société Mandataires judiciaires associés, mandataire liquidateur de la société Centre d'exportation du livre français*, n° 413712.

CE, 26 juin 2019, *Association générations futures et association eau et rivières de Bretagne*, n° 415426, 415431.

## - COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL

CAA Lyon, 17 octobre 1997, *Alessandri*, n° 95LY01392.

CAA de Versailles, 13 juin 2016, n° 14VE03564.

CAA Marseille, 4 juillet 2016, *SNCM*, n°15MA02270.

CAA de Nantes, 10 décembre 2018, *M. L.*, n° 17NT01847.

## - COUR DE CASSATION

Cass., Crim., 11 juin 1925, *Ratier*, Dalloz périodique, 1926, I. 378.

Cass., Chambre mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabres*, n° 73-13.556.

Cass., Crim., 18 novembre 1985, *Guérinot et Gibourdel*, n° 84-90.152.

Cass., Ass. plén., du 2 juin 2000, *Mlle Fraisse*, 99-60.274.

Cass., Ass. plén., du 10 octobre 2001, *Breisacher*, n° 01-84.922.

Cass., Civ. 1, du 22 mars 2005, 04-50.024.

Cass., QPC, 16 avril 2010, *Melki et Abdeli*, n° 10-40.002.

Cass., Ass. plén., 29 juin 2010, *Melki et Abdeli*, n° 10-40.001 et 10-40.002.

## - CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. const., 16 janvier 1962, n° 62-18 L., *Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole*.

Cons. const., 22 juillet 1980, n° 80-119 DC *Loi portant validation d'actes administratifs*.

Cons. const., 24 octobre 1980, n° 80-116 L., *Nature juridique de diverses dispositions du Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale*.

Cons. const., 2 décembre 1980, n° 80-119 L., *Nature juridique de diverses dispositions figurant au Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale*.

Cons. const., 25 janvier 1985, n° 85-187 DC du 25, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances janvier 1985.*

Cons. const., 20 juillet 1988, n° 88-244 DC, *Loi portant amnistie.*

Cons. const., 8 juillet 1989, n° 89-258 DC, *Loi portant amnistie.*

Cons. const., 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.*

Cons. const., 11 août 1993, n° 93-326 DC, *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale.*

Cons. const., 20 janvier 1994, n° 93-334 DC, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale.*

Cons. const., 9 avril 1996, n° 96-373 DC, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française.*

Cons. const., 19 novembre 1997, n°97-390 DC *Loi organique relative à la fiscalité applicable en Polynésie française.*

Cons. const., 21 décembre 1999, n°99-422 DC *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000.*

Cons. const., 20 novembre 2003, n° 2003-483 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité.*

Cons. const., 29 juillet 2004, n°2004-499, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.*

Cons. const., 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe.*

Cons. const., 29 décembre 2005, n° 2005-531 DC *Loi de finances rectificatives pour 2005.*

Cons. const., 15 décembre 2005, n° 2005-528 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006.*

Cons. const., 3 décembre 2009, n°2009-595 DC, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.*

Cons. const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.*

Cons. const., 18 juin 2010, n°2010-8 QPC, *Epoux L.*

Cons. const., 17 décembre 2010, n° 2010-79 QPC, *M. Kamel D.*

Cons. const., 18 octobre 2013, n° 2013-349 QPC, *M. Franck M. et autres.*

Cons. const., du 19 décembre 2013 n° 2013-682 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014.*

Cons. const., 14 févr. 2014, n°2013-366 QPC, *SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Maflow France*.

## - Juridictions européennes

### ➤ CEDH

CEDH, Pl., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70.

CEDH, 27 août 1991, *Philis c. Grèce*, n° 12750/87 ; 13780/88 ; 14003/88.

CEDH, 22 octobre 1996, *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, n° 22083/93; 22095/93.

CEDH, Grande chambre, 8 juillet 2003, *Hatton c. Royaume-Uni*, n° 36022/97, § 99 à 104.

CEDH, 26 juillet 2007, *Walchli c. France*, n° 35787/03.

CEDH, 24 septembre 2007, *Tysiac c. Pologne*, n° 5410/03, § 113.

### ➤ CJCE

CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz et Rewe-Zentral*, aff. 33/76.

### ➤ CJUE

CJUE, 22 juin 2010, *Aziiz Melki et Selim*, n° C-188/10 et C-6189/10.

CJUE, 28 juillet 2016, *Association France Nature Environnement*, n° C-379/15.

# TABLE DES MATIÈRES

<b>TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS.....</b>	<b>5</b>
<b>SOMMAIRE .....</b>	<b>7</b>
<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>8</b>
<b>Section 1 : Périmètre de l'étude .....</b>	<b>13</b>
<b>§ 1 : Une hiérarchisation des illégalités diffusée .....</b>	<b>14</b>
A- Une hiérarchisation présente dans d'autre discipline : l'exemple du contentieux constitutionnel.....	14
B- Une hiérarchisation présente dans d'autre contentieux administratif : l'exemple du contentieux contractuel .....	15
<b>§ 2 : Le choix du recours pour excès de pouvoir.....</b>	<b>17</b>
A- La notion de contentieux de l'excès de pouvoir : rappel des caractères essentiels .....	17
B- La singularité de la hiérarchisation dans l'excès de pouvoir : fondement du choix de l'étude.....	19
<b>Section 2 : Intérêt de l'étude.....</b>	<b>20</b>
<b>§ 1 : Raviver des critiques liées au contentieux administratif.....</b>	<b>21</b>
A- Les critiques adressées au juge.....	21
B- La remise en cause de la classification des cas d'ouverture de l'excès de pouvoir .....	22
<b>§ 2 : Modeler une hiérarchie en fonction de la gravité de l'illégalité.....</b>	<b>24</b>
A- Étudier la hiérarchisation pour dégager le critère de gravité .....	24
1- Une distinction des vices de la légalité fondée sur la gravité.....	24
2- L'appréhension de la notion de gravité .....	27
B- Modéliser subséquemment une hiérarchie des vices fondée sur la gravité (plan) .....	29
<b>PARTIE 1 : UNE PRESOMPTION DE GRAVITE INHERENTE A CERTAINS VICES DE LEGALITE.....</b>	<b>31</b>
<b>Chapitre 1 : UNE PRESOMPTION JUSTIFIEE PAR L'IMPERATIF DU RESPECT DES COMPETENCES.....</b>	<b>32</b>

<b>Section 1 : ASSURER LA COMPETENCE DU JUGE.....</b>	<b>32</b>
<b>§1 : Privilégier la compétence du juge constitutionnel .....</b>	<b>32</b>
A- Favoriser le contrôle de constitutionnalité par rapport au contrôle de conventionnalité	33
1- La préférence du contrôle de conventionnalité pour la protection des droits et libertés fondamentaux avant l’instauration de la QPC .....	33
2- La préférence du contrôle de constitutionnalité pour la protection des droits et libertés fondamentaux par l’instauration de la QPC.....	35
B- Imposer au juge ordinaire le respect de la compétence du juge constitutionnel .....	36
1- L’impossibilité de juger de la constitutionnalité de la loi.....	37
2- L’obligation de respecter l’autorité de la chose jugée .....	38
<b>§2 : Garantir la pleine compétence du juge administratif.....</b>	<b>40</b>
A- Les prérequis à l’exercice de la compétence du juge.....	40
1- La mise en place de moyens d’ordre public relatifs à la recevabilité de la requête .....	41
2- La mise en place de moyens d’ordre public relatifs à la procédure juridictionnelle .....	42
B- La censure de l’incompétence .....	43
1- La censure de la méconnaissance de l’office du juge .....	44
2- La censure de l’application d’un texte inapplicable .....	44
<b>Section 2 : SANCTIONNER L’INCOMPETENCE DE L’AUTEUR DE L’ACTE.....</b>	<b>46</b>
<b>§1 : Une censure effective de l’incompétence .....</b>	<b>46</b>
A- La censure de tous les modes d’incompétence .....	47
1- La censure de l’atteinte à la séparation des pouvoirs .....	47
2- La censure de l’atteinte à la répartition des compétences entre autorités administratives.....	48
3- La censure de l’incompétence négative .....	49
B- La censure de toutes les formes d’incompétence .....	50
1- L’incompétence matérielle .....	50
2- L’incompétence territoriale .....	51
3- L’incompétence temporelle.....	51
<b>§2 : Une sanction différenciée eu égard à la gravité de l’incompétence ? .....</b>	<b>52</b>
A- Les illégalités graves .....	52
B- La simple reconnaissance d’illégalité « simple » .....	54
<b>CHAPITRE 2 : UNE PRESOMPTION JUSTIFIANT UN REGIME JURIDIQUE SPECIFIQUE.....</b>	<b>55</b>
<b>SECTION 1 : LE REGIME PARTICULIER DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE .....</b>	<b>55</b>
<b>§ 1 : Un examen singulier .....</b>	<b>56</b>
A- Un examen déconnecté du litige .....	56
B- Un examen prioritaire .....	57

<b>§ 2 : Un délai marqué par la célérité .....</b>	<b>58</b>
A- Une célérité indéterminée pour les juges du fond.....	59
B- Une célérité déterminée pour les juges suprêmes .....	59
<b>SECTION 2 : LE REGIME PRIVILEGIE DES MOYENS D'ORDRE PUBLIC .....</b>	<b>60</b>
<b>§ 1 : Le régime dérogatoire des moyens d'ordre public .....</b>	<b>61</b>
A- Une invocation facilitée .....	61
1- Une invocation favorisée pour les parties .....	61
2- Une invocation imposée au juge .....	63
B- Une priorité d'examen ? .....	64
1- L'absence de règle juridique imposant la priorité d'examen des moyens .....	64
a- Une priorité traditionnellement marquée par la liberté du juge .....	64
b- Une priorité éventuellement imposée au juge par le requérant .....	67
2- Une priorisation pragmatique d'examen des moyens d'ordre public ?.....	70
<b>§ 2 : Le régime spécial de l'incompétence de l'auteur de l'acte révélé par l'indépendance de la nature de l'illégalité .....</b>	<b>71</b>
A- Une assimilation théorique à la légalité externe .....	72
1- Une distinction progressivement établie entre l'incompétence et les illégalités internes	72
2- Un rattachement cohérent à la légalité externe .....	73
B- Une assimilation pragmatique à la légalité interne.....	75
1- L'exclusion de l'incompétence des limitations spécifiques aux vices de légalité externe	75
2- Une tolérance exceptionnelle de l'illégalité d'incompétence .....	77
<b>PARTIE 2 : UNE GRADUATION DE LA GRAVITE DES VICES DE LEGALITE .....</b>	<b>80</b>
<b>CHAPITRE 1 : UNE GRADUATION REVELANT UNE HIERARCHIE DES VICES AU STADE DE L'EXAMEN DE L'ACTE.....</b>	<b>82</b>
<b>SECTION 1 : DES PROCEDES JURIDIQUES SYSTEMATISES RELATIVISANT LA GRAVITE DES VICES DE FORME ET DE PROCEDURE.....</b>	<b>82</b>
<b>§ 1 : La restriction de l'invocabilité : vers le refus de gravité des vices formels et procéduraux.....</b>	<b>83</b>
A- Une limitation de la temporalité de l'invocation initiée en droit de l'urbanisme .....	83
B- Une interdiction d'invocation consacrée par la jurisprudence <i>CFDT Finances</i> .....	84
<b>§ 2 : Une gravité encadrée : vice ou illégalité ? .....</b>	<b>88</b>
A- L'encadrement systématisé de la gravité des vices de procédure par la jurisprudence <i>Danthony</i> .....	88
B- L'encadrement relatif de la gravité des vices de forme par la théorie des vices non substantiels .....	92



<b>§ 3 : Une régularisation spécifique aux illégalités de forme et de procédure .....</b>	<b>93</b>
A- L'introduction d'une régularisation spécifique aux vices de forme et de procédure : la jurisprudence <i>Émerainville</i> .....	94
B- Les précisions sur l'articulation entre la régularisation et la jurisprudence <i>Danthony</i> : la jurisprudence <i>Sempy</i> .....	96
<b>SECTION 2 : DES PROCEDES JURIDIQUES EXCEPTIONNELS RELATIVISANT LA GRAVITE DES VICES DE FOND.....</b>	<b>99</b>
<b>§ 1 : L'absence de limitation spécifique à la légalité interne .....</b>	<b>99</b>
A- Une absence justifiée par l'admission de la gravité des vices de fond .....	99
B- Une absence révélée par la relativisation générale des vices .....	101
1- L'obstruction du contrôle de l'illégalité : les validations législatives .....	102
2- Le rétablissement de la légalité : la régularisation a priori .....	102
3- L'annulation inutile : l'inopérance en cas de situation de compétence liée .....	104
4- La tolérance de l'illégalité justifiée par des situations exceptionnelles .....	105
<b>§ 2 : L'admission résiduelle d'une relativisation spécifique à la légalité interne ..</b>	<b>106</b>
A- La correction des motifs .....	106
B- La substitution de base légale .....	108
<b>CHAPITRE 2 : UNE GRADUATION EXPRIMANT UNE HIERARCHISATION DES ILLEGALITES AU STADE DE LA SANCTION DE L'ACTE.....</b>	<b>111</b>
<b>SECTION 1 : L'AMENAGEMENT DE LA SANCTION REVELANT LES FACTEURS D'UNE HIERARCHISATION .....</b>	<b>112</b>
<b>§ 1 : Les techniques aménageant l'annulation .....</b>	<b>112</b>
A- Le recours à la modulation des effets de l'annulation .....	112
B- Le recours à l'annulation partielle .....	116
C- Le recours à la régularisation <i>a posteriori</i> .....	118
<b>§ 2 : Une technique évitant l'annulation : l'annulation conditionnelle .....</b>	<b>120</b>
A- La mise en œuvre prétorienne des annulations conditionnelles .....	120
B- La mise en œuvre critiquable de l'annulation conditionnelle .....	122
<b>SECTION 2 : L'AMENAGEMENT DE LA SANCTION REVELANT UNE HIERARCHIE IMPOSSIBLE .....</b>	<b>123</b>
<b>§ 1 : Une systématisation impossible au regard du critère de gravité .....</b>	<b>124</b>
A- La prise en compte de la nature de l'acte illégal .....	124
B- Une appréciation casuistique : le critère de la gravité concurrencé .....	126
C- L'absence de mise en œuvre spécifique à une illégalité identifiée .....	127
<b>§ 2 : Une hiérarchie (prospective) possible ?.....</b>	<b>128</b>
A- Vers une systématisation des techniques juridiques à un type d'illégalité identifié ? ....	129

B- La limitation de l'économie de moyen, catalyseur de la hiérarchie des illégalités ?.....	129
C- Vers la construction d'un principe de spécialisation de la sanction en contentieux de l'excès de pouvoir ? .....	130

**CONCLUSION GENERALE..... 133**

**BIBLIOGRAPHIE ..... 136**

<b>I- Ouvrages.....</b>	<b>136</b>
<b>II-Fascicules juridiques.....</b>	<b>137</b>
<b>III-Encyclopédies et dictionnaires.....</b>	<b>137</b>
<b>IV-Thèses.....</b>	<b>137</b>
<b>V-Articles.....</b>	<b>138</b>
<b>VI-Actes de colloques et rapports.....</b>	<b>142</b>
<b>VII-Mélanges.....</b>	<b>142</b>
<b>VIII-Notes observations chroniques et commentaires.....</b>	<b>142</b>
<b>IX-Conclusions.....</b>	<b>143</b>
<b>X-Textes officiels.....</b>	<b>144</b>
<b>XI-Table de jurisprudence.....</b>	<b>145</b>