

Séance 5

Le vice de forme dans le recours pour excès de pouvoir

I. Jurisprudences

Document 1 : CE Ass., 23 déc. 2011, *Danthony*, voir *GAJA* n° 112, (*extraits*)

Document 2 : CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT Finances*, (*extraits*)

Document 3 : CE, 17 février 2012, *Chiesi SA*, n° 332509, Lebon p. 43 ; AJDA 2012. 353; *ibid.* 2013. 1733, chron. X. Domino et A. Bretonneau; RFDA 2012. 296, note P. Cassia; RDSS 2012. 532, concl. M. Vialettes.

II. Doctrine

Document 4 : Stéphanie DOUTEAUD, « Jurisprudence Danthony : théorie des moyens inopérants, des formalités non substantielles ou des vices non substantiels ? », *RFDA*, 2018, p. 109 (*extraits*)

Document 5 : Denys DE BECHILLON, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », *RFDA*, 2018, p. 662.

Exercice : Commentaire de décision de justice

Conseil d'Etat, 17 février 2012, *Chiesi SA*, n° 332509 (*document 3*)

Document 1 : CE Ass., 23 déc. 2011, *Danthony*, voir *GAJA* n° 112 (*extraits*)

(...) Sur les conclusions aux fins d'annulation :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 711-1 du code de l'éducation, les écoles normales supérieures, qui sont des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel : " (...) peuvent demander, par délibération statutaire du conseil d'administration prise à la majorité absolue des membres en exercice, le regroupement au sein d'un nouvel établissement ou d'un établissement déjà constitué. Le regroupement est approuvé par décret. (...) " ; qu'en vertu de ces dispositions, le décret attaqué, qui a approuvé le regroupement de l'Ecole normale supérieure de Lyon et de l'Ecole normale supérieure de Fontenay-Saint-Cloud, et défini les statuts de la nouvelle école, devait faire l'objet d'une demande préalable formulée par chacun des conseils d'administration de chaque établissement, statuant séparément ; qu'une telle demande préalable devait elle-même, en vertu des dispositions combinées de l'article 15 de la loi du 11 janvier 1984 et de l'article 12 du décret du 28 mai 1982, être précédée d'un avis du comité technique paritaire attaché à l'établissement ; que, si les délibérations par lesquelles les conseils d'administration de l'Ecole normale supérieure de Lyon et de l'Ecole normale supérieure de Fontenay-Saint-Cloud ont, le 13 mai 2009, donné mandat à leurs directeurs de " mener à bien le projet de création d'une Ecole normale supérieure à Lyon au 1er janvier 2010 ", doivent être regardées comme des demandes de regroupement au sens de l'article L. 711-1 du code de l'éducation, il ressort des pièces du dossier, d'une part, que ces délibérations n'ont pas été prises après avis préalable des comités techniques paritaires, qui n'ont été consultés que postérieurement à ces délibérations, sur le projet de statuts, d'autre part, que les conseils d'administration n'ont pas délibéré séparément sur la demande de regroupement mais à l'occasion d'une réunion commune ;

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 " ;

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 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 ;

En ce qui concerne l'irrégularité tenant à ce que les conseils d'administration ont délibéré sans l'avis préalable des comités techniques paritaires :

Considérant que la consultation obligatoire de chaque comité technique paritaire préalablement à l'adoption par le conseil d'administration de chaque établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel de la demande de regroupement prévue par les dispositions précitées de l'article L. 711-1 du

code de l'éducation, qui a pour objet d'éclairer chacun de ces conseils sur la position des représentants du personnel de l'établissement concerné, constitue pour ces derniers une garantie qui découle du principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail consacré par le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ; qu'il ressort des pièces du dossier que, si les comités techniques paritaires des deux écoles ont été consultés sur le projet de statuts de la nouvelle Ecole normale supérieure, ils ne l'ont été que lors d'une réunion commune tenue le 9 juillet 2009, soit postérieurement aux délibérations des conseils d'administration formulant la demande de regroupement ; qu'une telle omission de consultation préalable de chaque comité sur le principe de la fusion, qui a privé les représentants du personnel d'une garantie, a constitué une irrégularité de nature à entacher la légalité du décret attaqué ; (...)

Document 2 : CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT CFDT Finances (extraits)*

Vu la procédure suivante :

Par une requête sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés le 25 septembre 2017 et le 18 décembre 2017, la Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT (CFDT Finances) demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir la décision implicite du Premier ministre et la décision du ministre de l'action et des comptes publics en date du 31 août 2017 rejetant la demande qu'elle a présentée le 25 mai 2017 tendant à l'abrogation du décret n° 2017-436 du 29 mars 2017 fixant la liste des emplois et des types d'emplois dérogatoires à l'emploi permanent des établissements publics administratifs en tant qu'il fixe ces emplois en ce qui concerne l'Institut national de la propriété industrielle (INPI) ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

3°) d'enjoindre au Premier ministre d'abroger, dans la mesure de sa demande, le décret du 29 mars 2017.

(...) Considérant ce qui suit :

1. La Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT a saisi le Premier ministre d'une demande tendant à l'abrogation du décret du 29 mars 2017 fixant la liste des emplois et types d'emplois des établissements publics administratifs de l'Etat prévue au 2° de l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat en tant qu'il détermine la liste des emplois pour lesquels l'Institut national de la propriété industrielle (INPI) peut recruter des agents contractuels par dérogation à la règle selon laquelle les emplois permanents des établissements publics administratifs de l'Etat sont occupés par des fonctionnaires. Elle demande l'annulation pour excès de pouvoir du refus opposé à cette demande.

2. Le contrôle exercé par le juge administratif sur un acte qui présente un caractère réglementaire porte sur la compétence de son auteur, les conditions de forme et de procédure dans lesquelles il a été édicté, l'existence

d'un détournement de pouvoir et la légalité des règles générales et impersonnelles qu'il énonce, lesquelles ont vocation à s'appliquer de façon permanente à toutes les situations entrant dans son champ d'application tant qu'il n'a pas été décidé de les modifier ou de les abroger.

3. Le juge administratif exerce un tel contrôle lorsqu'il est saisi, par la voie de l'action, dans le délai de recours contentieux. En outre, en raison de la permanence de l'acte réglementaire, la légalité des règles qu'il fixe, comme la compétence de son auteur et l'existence d'un détournement de pouvoir doivent pouvoir être mises en cause à tout moment, de telle sorte que puissent toujours être sanctionnées les atteintes illégales que cet acte est susceptible de porter à l'ordre juridique.

4. Après l'expiration du délai de recours contentieux, une telle contestation peut être formée par voie d'exception à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative ultérieure prise pour l'application de l'acte réglementaire ou dont ce dernier constitue la base légale. Elle peut aussi prendre la forme d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre la décision refusant d'abroger l'acte réglementaire, comme l'exprime l'article L. 243-2 du code des relations entre le public et l'administration aux termes duquel : " L'administration est tenue d'abroger expressément un acte réglementaire illégal ou dépourvu d'objet, que cette situation existe depuis son édicition ou qu'elle résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures, sauf à ce que l'illégalité ait cessé [...] ". Si, dans le cadre de ces deux contestations, la légalité des règles fixées par l'acte réglementaire, 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'édicition 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.

5. Il résulte de ce qui précède que la fédération requérante ne peut utilement invoquer, à l'appui de ses conclusions tendant à l'annulation pour excès de pouvoir du refus d'abroger le décret du 29 mars 2017, les moyens tirés respectivement de l'irrégularité de la consultation du conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat et de ce que ce décret différerait à la fois du projet qui avait été soumis par le Gouvernement au Conseil d'Etat et de celui adopté par ce dernier.

6. Aux termes de l'article 3 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : " Sauf dérogation prévue par une disposition législative, les emplois civils permanents de l'Etat, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics à caractère administratif sont, à l'exception de ceux réservés aux magistrats de l'ordre judiciaire et aux fonctionnaires des assemblées parlementaires, occupés soit par des fonctionnaires régis par le présent titre, soit par des fonctionnaires des assemblées parlementaires, des magistrats de l'ordre judiciaire ou des militaires dans les conditions prévues par leur statut ". L'article 3 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat dispose, dans sa rédaction issue de la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, que : " les emplois permanents de l'Etat et des établissements public de l'Etat énumérés ci-après ne sont pas soumis à la règle énoncée à l'article 3 du titre Ier du statut général (...) 2) Les emplois des établissements publics qui requièrent des qualifications professionnelles particulières indispensables à l'exercice de leur missions spécifiques et non dévolues à des corps de fonctionnaires, inscrits

pour une durée déterminée sur une liste établie par décret en Conseil d'Etat (...) Les agents occupant ces emplois sont recrutés par contrat à durée indéterminée (...) ". L'article 4 de la loi du 11 janvier 1984 dispose que " par dérogation au principe énoncé à l'article 3 du titre Ier du statut général, des agents contractuels peuvent être recrutés dans les cas suivants : / 1° Lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes (...) ". Il résulte des dispositions précitées de l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984 que la possibilité pour un établissement public administratif de l'Etat de pourvoir, sur leur fondement, à des emplois permanents en recourant à des agents contractuels recrutés par contrat à durée indéterminée, par dérogation à la règle selon laquelle ces emplois sont occupés par des fonctionnaires, est subordonnée à l'absence de corps de fonctionnaires possédant les qualifications professionnelles particulières requises pour occuper ces emplois afin d'exercer les missions spécifiques de cet établissement public.

7. Le décret du 29 mars 2017 fixe la liste des établissements publics administratifs et les types d'emploi concernés par la dérogation prévue à l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984. Il prévoit que l'INPI bénéficie de cette dérogation pour huit types d'emplois.

8. Aux termes de l'article L. 411-1 du code de la propriété intellectuelle, l'Institut national de la propriété industrielle " a pour mission : / 1° De centraliser et diffuser toute information nécessaire pour la protection des innovations et pour l'enregistrement des entreprises, ainsi que d'engager toute action de sensibilisation et de formation dans ces domaines ; / 2° D'appliquer les lois et règlements en matière de propriété industrielle et de registre du commerce et des sociétés ; à cet effet, l'Institut pourvoit, notamment, à la réception des dépôts de demandes des titres de propriété industrielle (...), à leur examen et à leur délivrance ou enregistrement et à la surveillance de leur maintien ; il centralise le registre du commerce et des sociétés (...) ; il assure la diffusion des informations techniques, commerciales et financières contenues dans les titres de propriété industrielle ; il assure la diffusion et la mise à la disposition gratuite du public, à des fins de réutilisation, des informations techniques, commerciales et financières qui sont contenues dans le registre national du commerce et des sociétés et dans les instruments centralisés de publicité légale (...) / 3° De prendre toute initiative en vue d'une adaptation permanente du droit national et international aux besoins des innovateurs et des entreprises (...) ".

9. Il ressort des pièces du dossier que les spécificités des missions confiées à l'INPI requièrent, eu égard aux compétences techniques et juridiques dont elles supposent la maîtrise, des qualifications professionnelles particulières dans le domaine de la propriété industrielle. Il ressort également des pièces du dossier que l'ensemble des huit types d'emplois retenus par le décret du 29 mars 2017 requièrent une expertise dans le domaine de la propriété industrielle et, en particulier, dans le maniement des titres et des données ainsi que du registre national du commerce et des sociétés.

10. Contrairement à ce qui est soutenu, ni le corps des ingénieurs de l'industrie et des mines qui, en vertu du décret du 29 avril 1988 portant création et statut particulier de ce corps ont " vocation à servir en position d'activité (...) dans les établissements publics de l'Etat " et " sont chargés de fonctions de direction d'encadrement, d'expertise, d'étude, d'administration, de recherche ou d'enseignement dans les domaines scientifique, technique, environnemental, économique ou social " ni le corps des techniciens supérieurs de l'économie et de l'industrie qui, en vertu du décret du 22 août 2012 portant statut particulier de ce corps, "

effectuent des études, des enquêtes, des expertises et des contrôles dans les domaines de la sécurité, de la protection de l'environnement, de l'exploitation des ressources minières, de la métrologie et de l'économie " ne donnent à leurs membres vocation à détenir, eu égard à la spécificité des missions de l'INPI, les qualifications professionnelles particulières requises pour occuper les huit types d'emplois mentionnés dans le décret du 29 mars 2017 pour lesquels l'INPI peut recruter des agents contractuels sur le fondement de l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984.

11. Il ne ressort pas des pièces du dossier que d'autres corps de fonctionnaires donneraient à leurs membres vocation à détenir les qualifications professionnelles particulières requises, compte tenu de la spécificité des missions de l'INPI, pour occuper les huit types d'emplois mentionnés dans le décret du 29 mars 2017. Il s'ensuit que le décret litigieux a pu légalement ranger ces types d'emplois au nombre de ceux pour lesquels il peut être dérogé, sur le fondement de l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984, à la règle selon laquelle les emplois permanents des établissements publics administratifs sont occupés par des fonctionnaires.

12. Il résulte de tout ce qui précède que la Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT n'est pas fondée à demander l'annulation pour excès de pouvoir du refus d'abroger le décret du 29 mars 2017 en tant qu'il a ouvert à l'INPI la faculté, pour huit types d'emplois, de déroger à la règle selon laquelle les emplois permanents des établissements publics administratifs sont occupés par des fonctionnaires. Ses conclusions à fin d'injonction ainsi que celles présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative doivent, par voie de conséquence, être rejetées. (...)

Document 3 : CE, 17 févr. 2012, n° 332509, *Chiesi SA*, Lebon p. 43

Vu la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 5 octobre 2009 et 5 janvier 2010 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés par la SOCIETE CHIESI SA, dont le siège est 11, avenue Dubonnet à Courbevoie (92400) ; la société demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir les six décisions du 25 mars 2009 par lesquelles le directeur général de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS) a identifié comme spécialités de référence les spécialités pharmaceutiques Cetoran 5 g et 10 g, et comme spécialités génériques de ces spécialités de référence les spécialités pharmaceutiques Oxoglurate d'ornithine Mylan 5 g et 10 g, Oxoglurate d'ornithine Qualimed 5 g et 10 g, ainsi que Oxoglurate d'ornithine Chiesi 5 g et 10 g, ainsi que la décision du 24 juillet 2009 par laquelle il a rejeté le recours gracieux formé contre les décisions ;

2°) d'annuler pour excès de pouvoir la décision du 17 septembre 2009 du directeur général de l'AFSSAPS en tant qu'elle inscrit au répertoire des groupes génériques des groupes correspondant aux spécialités pharmaceutiques mentionnées ci-dessus ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat le versement de la somme de 5 000 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative

(...)

Considérant qu'aux termes de l'article L. 5121-10 du code de la santé publique : « [...] Lorsque l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé a délivré une autorisation de mise sur le marché d'une spécialité générique, elle en informe le titulaire de l'autorisation de mise sur le marché de la spécialité de référence. / Le directeur général de l'agence procède à l'inscription de la spécialité générique dans le répertoire des groupes génériques au terme d'un délai de soixante jours, après avoir informé de la délivrance de l'autorisation de mise sur le marché de celle-ci le titulaire de l'autorisation de mise sur le marché de la spécialité de référence. Toutefois, la commercialisation de cette spécialité générique ne peut intervenir qu'après l'expiration des droits de propriété intellectuelle, sauf accord du titulaire de ces droits [...] » ; qu'aux termes de l'article R. 5121-5 du même code, dans sa rédaction applicable en l'espèce : « En vue de leur inscription au répertoire des groupes génériques mentionné à l'article L. 5121-10, les spécialités génériques sont identifiées, après avis de la commission d'autorisation de mise sur le marché mentionnant la spécialité de référence correspondante, par une décision du directeur général de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé [...] / Le directeur général de l'agence informe, dans un délai d'un mois, le titulaire de l'autorisation de mise sur le marché de la spécialité de référence de la délivrance d'une autorisation de mise sur le marché pour une spécialité générique. A l'issue d'un délai de soixante jours suivant cette information, le directeur général de l'agence procède à l'inscription de la spécialité générique au répertoire des groupes génériques [...] » ;

Considérant que, par des décisions signées le 25 mars 2009, le directeur général de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS) a identifié comme étant des spécialités de référence les spécialités pharmaceutiques Cetornan 5 g et Cetornan 10 g, lesquelles bénéficiaient d'autorisations de mise sur le marché renouvelées, en dernier lieu, en 2006, et comme étant des spécialités génériques de celles-ci, les spécialités pharmaceutiques Oxoglurate d'ornithine Mylan 5 g et 10 g, Oxoglurate d'ornithine Qualimed 5 g et 10 g, ainsi que Oxoglurate d'ornithine Chiesi 5 g et 10 g ; que, par une décision du 17 septembre 2009, le directeur général de l'AFSSAPS, après avoir rejeté le 24 juillet 2009 le recours gracieux formé par la SOCIETE CHIESI SA, qui commercialise les spécialités Cetornan, à l'encontre des décisions du 25 mars 2009, a créé au répertoire des groupes génériques des groupes correspondant aux spécialités pharmaceutiques mentionnées ci-dessus ; que cette société demande l'annulation pour excès de pouvoir de l'ensemble de ces décisions ;

Sur la légalité externe des décisions attaquées :

Considérant, en premier lieu, que contrairement à ce que soutient la société requérante, le directeur général de l'AFSSAPS, en identifiant le 25 mars 2009 six spécialités comme des génériques des spécialités Cetornan, n'a pas procédé au retrait des autorisations de mise sur le marché de ces dernières ; qu'ainsi, le moyen tiré de la méconnaissance des règles de retrait des décisions administratives individuelles créatrices de droit ne peut qu'être écarté ;

Considérant, en deuxième lieu, que le moyen tiré de ce que les décisions attaquées ne comporteraient pas la

mention du nom, du prénom et de la qualité de leur signataire, en méconnaissance de l'article 4 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, manque en fait ;

Considérant, en troisième lieu, que 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 ; qu'il appartient au juge administratif d'écarter, le cas échéant de lui-même, un moyen tiré d'un vice de procédure qui, au regard de ce principe, ne lui paraît pas de nature à entacher d'illégalité la décision attaquée ; qu'en statuant ainsi, le juge ne relève pas d'office un moyen qu'il serait tenu de communiquer préalablement aux parties ;

Considérant qu'en méconnaissance des dispositions mentionnées ci-dessus de l'article R. 5121-5 du code de la santé publique, la commission d'autorisation de mise sur le marché n'a rendu son avis que le 26 mars 2009, alors que les décisions d'identification des spécialités en cause aux spécialités Cetornan portent, ainsi qu'il a été dit, la date du 25 mars ; que, toutefois, cet avis présentait le caractère d'un avis favorable rendu à l'unanimité ; que, par ailleurs, le groupe de travail de la commission spécialisé en matière de génériques avait déjà proposé à celle-ci, le 5 février 2009, de rendre un avis favorable à ces identifications ; qu'ainsi, dans les circonstances de l'espèce, il ne ressort pas des pièces du dossier que le vice dans le déroulement de la procédure consultative ait pu exercer une influence sur le sens des décisions prises par le directeur général de l'AFSSAPS ; que, par ailleurs, ce vice n'a pas privé les intéressés d'une garantie ; que, par suite, et sans qu'il y ait lieu de rouvrir l'instruction pour tenir compte de la question prioritaire de constitutionnalité formulée dans une note en délibéré présentée par la requérante, le moyen tiré de l'irrégularité de la procédure consultative doit être écarté ;

Considérant, en quatrième lieu, qu'aux termes de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations : « Exception faite des cas où il est statué sur une demande, les décisions individuelles qui doivent être motivées en application des articles 1^{er} et 2 de la 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 n'interviennent qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales [...] / Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables : [...] 3° Aux décisions pour lesquelles des dispositions législatives ont instauré une procédure contradictoire particulière » ; que les décisions attaquées n'entrent dans aucune des catégories de décisions devant être motivées en application de la loi du 11 juillet 1979, dès lors, notamment, ainsi qu'il a déjà été dit, qu'elles ne procèdent pas au retrait de décisions créatrices de droits ; que le moyen tiré de ce que le directeur général de l'AFSSAPS - qui a d'ailleurs procédé à l'information particulière prévue aux articles L. 5121-10 et R. 5121-5 du code de la santé publique - aurait méconnu les dispositions précitées en n'organisant pas une procédure contradictoire avant de prendre les

décisions contestées ne peut, dès lors, qu'être écarté ;

Considérant, en cinquième lieu, que les décisions attaquées du 25 mars 2009 n'entrent, ainsi qu'il vient d'être dit, dans aucune des catégories de décisions devant être motivées en application de la loi du 11 juillet 1979 ; qu'elles n'entrent pas davantage, s'agissant de décisions d'identification de spécialités génériques et d'inscription au répertoire des spécialités génériques, dans le champ d'application de l'article 125 de la directive du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que les décisions attaquées ne seraient pas suffisamment motivées doit être écarté (...)

Décide :

Article 1^{er} : La requête de la SOCIETE CHIESI SA est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par la société Mylan au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la SOCIETE CHIESI SA, à l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé, à la société Mylan et à la société Qualimed.

Document 4 : Stéphanie DOUTEAUD, « Jurisprudence Danthony : théorie des moyens inopérants, des formalités non substantielles ou des vices non substantiels ? », *RFDA*, 2018, p. 109 (*extraits*)

(...)

Identification de la théorie des « vices non substantiels »

En décortiquant l'arrêt Danthony, on parvient à la conclusion suivante : la technique contentieuse esquissée par l'assemblée du contentieux est celle des vices non substantiels.

Certains militaient déjà en sa faveur dès l'adoption de la loi de simplification du droit. L'amendement sénatorial qui a donné sa version définitive à l'article 70 de la loi de 2011 avait pour ambition de réserver le bénéfice de la technique aux « irrégularités substantielles ». Dans sa formation consultative, le Conseil d'État avait lui-même signifié sa préférence pour la théorie des vices non substantiels. Conformément aux prescriptions de l'article 39 de la Constitution, il fut saisi de la proposition de loi de simplification à l'origine du dispositif imaginé par le juge. À cette occasion, le Conseil d'État avait agréé le mécanisme tendant à ne retenir que les « irrégularités substantielles » au titre des défauts affectant la régularité d'un acte.

Statuant au contentieux dans l'affaire Danthony, le Conseil d'État s'est affranchi de la lettre du texte de la loi pour redessiner les contours du procédé en cause. Telle qu'elle se présente, la physionomie de la technique jurisprudentielle épouse les caractéristiques de la théorie du vice substantiel. Pour en faire la démonstration,

il n'est pas inutile de revenir sur la définition du « vice non substantiel ». La confrontation au mécanisme esquissé par l'assemblée du contentieux du Conseil d'État conduit à conclure en faveur de cette qualification.

Mise en évidence des éléments constitutifs du « vice non substantiel »

La théorie des vices non substantiels est une création plus récente que celle des formalités non substantielles. Elle est née dans le giron de la seconde. Les formules utilisées par le Conseil d'État à partir des années 70 font état de l'imbrication originelle des deux théories : dans l'arrêt *Association des amis de l'Abbaye de Fontevraud*, généralement considéré comme le point d'ancrage de la théorie des vices substantiels, le Conseil d'État considérait par exemple que l'omission litigieuse ne pouvait être qualifiée de « vice de forme substantiel ». Chacun des auteurs qui se sont aventurés à systématiser la jurisprudence relative aux formalités substantielles est parvenu à ce constat : jusqu'à la fin du XX^e siècle, le juge, en présence d'une formalité obligatoire, distinguait entre les manquements survenus selon leur intensité. Cela aboutissait à séparer l'omission totale (la formalité est totalement inexécutée) de l'omission partielle, c'est-à-dire l'accomplissement irrégulier de la formalité (G. Jèze, art. préc. ; E. Laferrière, *ouvr. préc.*, T II., p. 492 s. ; G. Berlia, art. préc. ; R. Hostiou, *Th. préc.*, p. 258 s.)

C'est le second cas de figure qui a posé les jalons de la théorie du vice non substantiel juridique du manquement fut rapidement arrêté (la non observation d'une formalité obligatoire voue l'acte à l'annulation, en application de la théorie des formalités substantielles, ainsi que nous l'avons vu), la résolution de la seconde configuration conduit à déplacer le centre de l'examen juridictionnel. Il faut cesser de raisonner à partir de la règle de forme méconnue pour focaliser l'analyse sur le défaut juridique. Le changement de perspective autorise alors à adopter un mode de raisonnement axé sur la contrariété normative, propice à l'essor de la théorie du vice non substantiel. Désormais, « c'est donc bien l'illégalité qui est substantielle ou non » □(79), non plus la formalité. Il est symptomatique d'ailleurs que la doctrine publiciste emploie des expressions telles qu'« irrégularité substantielle » (R. Hostiou), « illégalité substantielle » ou « condition substantielle » (Laferrière) pour désigner ce sur quoi le contrôle juridictionnel porte à ce moment de l'examen.

Quelles que soient les affinités terminologiques des auteurs, tous retiennent une unique conception du « vice non substantiel », que l'on peut résumer par deux propositions : l'appréhension du manquement est placée au cœur de l'analyse ; il s'agit de déterminer les conséquences concrètes du manquement. Privilégier la voie de la théorie du vice non substantiel, c'est se demander si la contrariété à la règle de forme « a ou n'a pas été la source d'une illégalité matérielle ». Une fracture doctrinale se dessine lorsqu'il s'agit d'exposer le motif retenu par le juge pour déterminer le caractère substantiel de la violation relevée. Les auteurs qui ont tenté de définir ce procédé se divisent autour de deux éléments constitutifs.

La plupart d'entre eux s'accordent à reconnaître que le critère déterminant de cette technique réside dans la particularité du contrôle juridictionnel mis en oeuvre. Quand le juge raisonne en termes de substantialité du vice, il se livre à l'évaluation de l'incidence concrète de l'imperfection formelle sur l'acte discuté.

Le président Laferrière était de ceux-là. Il estimait que la théorie des vices substantiels se singularise par la nature des investigations menées par le juge administratif. Celui-ci recherche alors « si [l']omission ou [l']in correction a été ou non de nature à exercer une influence sur la mesure d'instruction » (E. Laferrière, ouvr. préc., p. 498 ; dans le même sens, P.-I. Josse, « Extension et limites des compétences du Conseil d'État sur les actes, sur les juridictions, sur les ordres », in *Le Conseil d'État : Livre Jubilaire pour commémorer son cent cinquantième anniversaire*, préc., p. 161 « sans doute, la jurisprudence a distingué (...) selon que l'irrégularité a eu ou non une influence sur la solution »)

Le professeur Berlia appartient également à cette frange doctrinale. Il défend l'idée selon laquelle le caractère substantiel de la transgression est arrêté « suivant que cette illégalité a modifié ou non la décision de fond intervenue » et définit le vice non substantiel comme celui qui « [reste] sans écho sur la solution de fond » Le procédé du vice non substantiel se caractérise par l'orientation de l'examen juridictionnel, le juge se demandant si le défaut constaté « a pu provoquer une décision de fond différente de celle qui serait intervenue dans l'hypothèse où la légalité formelle de l'acte aurait été parfaite » □. Autrement dit, la substantialité dépend de la capacité du manquement à altérer le fond de la mesure querellée. Si, aux termes de l'instruction, il n'est pas établi que la décision aurait été identique à celle finalement adoptée si la formalité omise avait bel et bien été respectée, le manquement est jugé substantiel ; l'acte est vicié.

La doctrine contemporaine continue de considérer que la spécificité du vice non substantiel réside dans la prise en compte des conséquences de la contrariété mise en évidence. Le président D. Labetoulle a fait de cette caractéristique l'une des manifestations les plus visibles de l'utilisation de la théorie du vice substantiel. D'après lui, lorsque le juge applique cette théorie, « ce sont les conséquences effectives qu'a eues le "vice" constitué par cette méconnaissance qui sont prises en considération dans une appréciation portée après coup et englobant l'ensemble des circonstances de l'espèce ». Le professeur J.-F. Lafaix défend également cette position. Il soutient que lorsque le juge administratif « disqualifie » une irrégularité substantielle, il ne s'intéresse qu'« aux conséquences de sa violation » (J.-F. Lafaix, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'administration*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2009, vol. n° 87, p. 93, § 9 2).

Le caractère obligatoire ou facultatif de la règle méconnue n'est plus au centre de l'examen juridictionnel. Pour les partisans de cette définition, l'élément constitutif du vice substantiel réside dans sa capacité à rejaillir sur la rectitude de l'acte dans lequel il est niché.

En l'état du droit jurisprudentiel, il n'existe pas de définition du vice substantiel (ou du vice non substantiel). L'étude des décisions utilisant l'expression conforte pourtant la définition soutenue par la doctrine majoritaire. Leur lecture dévoile que l'essor du vice substantiel s'est accompagné d'une altération sensible du traitement juridictionnel de l'irrégularité. Lorsque le juge administratif privilégie le « vice substantiel », il s'extrait de l'analyse objective et abstraite, commandée par la « formalité » substantielle, pour contextualiser le manquement, en mesurant son incidence sur la situation litigieuse. La lecture de certaines conclusions le confirme. Ainsi de celles du président J.-H. Stahl, concluant sur l'affaire Ville de Lisieux : « notre souci est d'éviter que la moindre illégalité entachant le processus de passation du contrat ne se traduise

automatiquement par l'annulation rétroactive du contrat. Pour cela, on pourrait distinguer entre les illégalités substantielles et celles qui ne le sont pas » (J.-H. Stahl, Concl. sur CE, sect., 30 oct. 1998, n° 149663, *Ville de Lisieux*, Lebon p. 376 ; RFDA 1999)

. Ce sont les vertus que présente l'appréciation concrète du défaut procédural qui incitent J.-H. Stahl à suggérer à la section du contentieux d'autoriser l'utilisation de la théorie des « vices substantiels » en contentieux des contrats d'engagement d'agents publics.

La terminologie employée par le Conseil d'État atteste également de l'importance que revêt l'évaluation des effets de la contrariété relevée dans la définition du vice substantiel. Pour qualifier l'inobservation d'une prescription de « vice substantiel » (ou pour écarter cette qualification), le juge prend soin de relever que « dans les circonstances de l'espèce » (CE, 18 déc. 1996, n° 156270, *SA Omya*, Lebon p. 498 ; RDI 1997. 53, obs. Y. Jégouzo et F. Jamay ; CE, 16 mai 2012, n° 314564, *Société de protection des paysages de l'île d'Oléron*)

(...)

Les partisans de la seconde analyse estiment eux aussi que c'est l'opération de contrôle juridictionnel qui caractérise la théorie du vice non substantiel, mais leur point de départ est sensiblement différent. Ils soutiennent que le juge procède de la manière suivante : chaque fois que la règle de forme n'est pas correctement mise en oeuvre, il adopte une démarche finaliste. C'est la circonstance que le juge recherche si l'irrégularité a empêché l'administration de satisfaire le « but » □(96) ou « l'objectif » □(97) en vue duquel la règle transgressée a été adoptée qui indique que la technique à l'oeuvre est celle des vices non substantiels.

Il reste encore un ultime élément à prendre en considération : la théorie du vice non substantiel implique de prendre la mesure de la substantialité d'un vice. Cela suppose qu'un « vice » a été constaté, autrement dit, que la contrariété alléguée entre la décision en discussion et la prescription supérieure a été caractérisée. La doctrine insiste peu sur cette circonstance, pourtant déterminante dans la différenciation des techniques juridictionnelles. Car si l'existence de l'irrégularité a bien été relevée par le juge, c'est que le procédé utilisé intervient au cours de l'examen du bien-fondé du moyen. En somme, si la recherche de la substantialité du manquement distingue le vice non substantiel des formalités non substantielles, le constat d'un vice sépare le vice non substantiel de la théorie de l'inopérance.

Les présentations de la théorie du vice non substantiel proposent deux définitions, toutes deux pensées à partir de la nature du contrôle juridictionnel exercé, mais fondées sur une caractéristique différente. Il faut à présent confronter ces éléments au considérant de principe de l'arrêt Danthony. Il sera également nécessaire d'analyser le raisonnement juridictionnel pour déterminer si le juge relève l'existence d'un « vice » avant d'en neutraliser les effets.

Confrontation de l'arrêt Danthony avec les éléments constitutifs du « vice non substantiel »
Si le professeur F. Poulet exclut de rattacher la jurisprudence Danthony à la théorie des vices non substantiels, tout, dans la décision fondatrice, nous convainc de la pertinence de cette qualification.

Il y a d'abord un indice d'ordre cosmétique. Il est significatif de remarquer que, depuis 2011, le juge n'utilise plus guère l'expression « formalité substantielle » (Par ex., jugeant que la saisine pour avis du Conseil d'État était obligatoire pour l'adoption de certaines dispositions du décret soumis à son appréciation, il n'indique pas que la consultation constitue une « formalité substantielle », CE, 17 juill. 2013, n° 358109, *Syndicat national des professionnels de santé au travail*, Lebon p. 219 ; AJDA 2013. 1546; *ibid.* 1733, chron. X. Domino et A. Bretonneau; RDT 2013. 568, obs. M. Véricel) pas plus que les membres du Conseil d'État en charge d'établir le fichage des arrêts au Lebon. Dans les recueils parus depuis l'arrêt Danthony, n'est plus mentionnée que l'expression « irrégularité susceptible d'avoir eu une incidence sur le sens de la décision prise ». Troublante coïncidence...

Plus sérieux est le motif d'ordre théorique. La décision Danthony consacre les deux éléments constitutifs de la théorie du vice non substantiel.

Conformément à la définition majoritaire du vice substantiel, l'examen du moyen tiré de la méconnaissance d'une règle de procédure commande une appréciation concrète des effets de l'omission relevée. Ce sont les conséquences de la transgression qui intéressent le juge et conditionnent l'état du moyen invoqué. Si le degré d'exigence qui pèse sur le demandeur est relativement peu élevé (ce dernier n'ayant pas à apporter la preuve que l'imperfection juridique a effectivement influencé le sens de la décision, seulement qu'elle a pu l'influencer, il lui revient néanmoins de mettre en relation l'omission critiquée avec la physionomie de l'acte, ou avec sa situation. Le réclamant est tenu d'ancrer son argumentation dans le cas d'espèce, en dénonçant les retentissements de l'erreur commise par l'auteur de l'acte.

Il est topique, à cet égard, que chacune des deux branches de la solution Danthony épouse le raisonnement in concreto symptomatique de la théorie des vices non substantiels.

S'agissant de la première, la décision prévoit que toute méconnaissance d'une règle de forme de nature à influencer le sens de l'acte vicie la mesure querellée. Ce cas de figure correspond parfaitement à la conception doctrinale du vice non substantiel centrée sur l'appréciation concrète de l'omission. Quand le juge tente de déterminer l'influence exercée par l'imperfection juridique sur l'acte final, il investit la relation que le défaut procédural entretient avec le dispositif de la mesure. Il ne peut parvenir à quantifier l'importance du manquement allégué qu'au terme d'un examen minutieux des circonstances de son intervention et du contexte dans lequel la décision a été adoptée. Le contrôle juridictionnel est ancré dans la situation de droit et de fait qui lui est soumise. Son orientation ne fait aucun doute : il est indiscutablement un contrôle concret.

Les conclusions rendues sur l'affaire Danthony suffisent à le prouver. Examinant tour à tour les moyens de légalité externe allégués, le rapporteur public recherche, à partir des pièces du dossier, les éléments propres à établir (ou à écarter) que les imperfections procédurales ont pu influencer le contenu du dispositif du décret

attaqué. Au fond, deux moyens critiquaient la procédure d'adoption de l'acte : l'un dénonçait les modalités selon lesquelles les conseils d'administration des deux établissements avaient été amenés à délibérer (une réunion commune s'était tenue alors que la loi prévoit deux délibérations séparées), l'autre faisait valoir que les conseils d'administration s'étaient prononcés sans que les comités techniques paritaires aient été saisis. G. Dumortier proposa de rejeter le premier moyen au motif que « les pièces du dossier permettent (...) d'écarter en l'espèce toute incidence de cette réunion commune et présidence unique, dont nul ne paraît s'être ému, sur les débats comme sur le sens du vote, largement majoritaire ». Le second moyen est l'objet du même traitement, compte tenu du fait que « des éléments suffisamment convergents lèvent en l'espèce tout doute sur l'influence que cette consultation à contretemps a été susceptible d'exercer ». Au titre des données prises en considération, figurent l'information continue des membres de l'organisme non consulté, l'absence de prise de position défavorable quant à l'adoption du décret. La circonstance que la formation de jugement n'a pas suivi le rapporteur public sur le fond n'altère en rien la nature du contrôle exercé. Les décisions qui ont succédé à l'affaire Danthony l'ont confirmé.

La seconde branche de la technique issue de Danthony appelle elle aussi une appréciation contextuelle du moyen invoqué. G. Dumortier affirme dès le début de ses conclusions que les deux types de manquements substantiels ont en commun d'exiger du juge qu'il examine le moyen au terme d'un contrôle in concreto : « ces deux critères de l'influence et de la garantie se recouvrent : les garanties ne sauraient être abstraites, elles aussi ont un lien avec la décision à prendre et n'ont de portée que si elles sont susceptibles d'exercer une influence sur sa teneur ». Malgré la clarté de cette affirmation, une hésitation s'est manifestée dans les premiers mois qui ont suivi la lecture de l'arrêt Danthony . Elle s'est rapidement dissipée. Très vite, le juge a privilégié une approche concrète de la privation de garanties (V. notamment, CE, 12 mars 2012, *M. Gramond*, préc. « compte tenu de l'ensemble des circonstances de fait, [la méconnaissance de la règle procédurale] n'a pas privé les propriétaires concernés de la possibilité de faire valoir leurs droits » ; CE, 27 avr. 2012, *SNETAP-FSU*, préc. ; CE, 23 déc. 2014, n° 364785, *Communauté urbaine Brest métropole océane*, Lebon T. p. 90).

Le juge doit rechercher si « l'intéressé a été en l'espèce privé [d'une] garantie » (106). Le contrôle juridictionnel est nécessairement un contrôle concret, et cela, même lorsque le réclamant situe son argumentation sur le terrain de la seconde catégorie de manquements substantiels. La seule circonstance qu'une formalité créée pour assurer une garantie au profit du demandeur n'ait pas été observée n'est pas suffisante pour arrêter la substantialité de l'imperfection. D'ailleurs, comment pourrait-on sérieusement soutenir la thèse du contrôle abstrait quand l'accomplissement de formalités compensatrices pallie la méconnaissance de la règle de procédure violée (L'arrêt *Syndicat des compagnies aériennes autonomes* en offre une illustration. L'impossibilité de procéder à une consultation prévue par la réglementation en vigueur est sans influence sur le sens de la décision finale si l'organisation d'autres formalités a permis d'atteindre l'objectif assigné à la consultation réglementaire, CE, 30 juin 2016, n° 393805, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes*, Lebon.)

Dans l'hypothèse où « l'irrégularité constatée est restée neutre et n'a privé personne d'une garantie, bien qu'il soit face à une formalité substantielle, [le juge peut] écarter le moyen de légalité externe ». En définitive, qu'il

évalue l'influence du défaut formel sur le sens de la décision attaquée ou qu'il vérifie que l'omission n'a pas affecté les garanties reconnues aux administrés, le juge exerce un contrôle concret. Une fois encore, la formulation des décisions utilisant la technique jurisprudentielle livre quelques indices. Comme le souligne le professeur F. Poulet, « la référence, au sein des motifs de la décision Danthony et autres, aux expressions "pièces du dossier" et "en l'espèce" permet d'insister sur l'examen in concreto que le juge doit effectuer ».

La seconde définition du vice non substantiel n'est pas non plus absente de la jurisprudence Danthony. La règle selon laquelle l'omission qui a eu pour conséquence de priver un administré d'une garantie entache d'illégalité l'acte litigieux, ne semble pas exprimer autre chose. Ce que sanctionne le juge administratif dans ce cas, c'est le non-respect d'une formalité qui avait été prévue pour protéger un droit particulier. La finalité poursuivie par le législateur était bien d'assurer la protection des intérêts des administrés intéressés par la règle. Ces derniers doivent bénéficier du respect dû à leurs droits, en particulier des droits de la défense. Un nombre important de formalités ont ainsi pour fonction de garantir ces droits. Aussi, en prévoyant que tout manquement ayant eu pour effet d'empêcher le destinataire de la mesure de jouir d'une garantie instituée dans son intérêt entame la rectitude juridique de l'acte, la Haute juridiction administrative consacre l'analyse finaliste du vice substantiel. Ce faisant, elle conforte la thèse selon laquelle la technique en présence est celle des vices non substantiels. Les deux critères explicatifs de la théorie des vices substantiels proposés par la doctrine ont été repris par l'assemblée du contentieux du Conseil d'État. La solution inaugurée dans l'arrêt Danthony présente bien les caractéristiques propres au vice non substantiel.

(...)

Les résultats de nos investigations concordent : la technique en cause est celle des « vices non substantiels ». Tout porte à croire que l'assemblée du contentieux du Conseil d'État a placé la nouvelle technique de stabilisation préventive au cœur de cette théorie. La Haute juridiction administrative aurait pu faire le choix de le dire. Mais pouvait-on attendre d'elle qu'elle fasse figurer l'expression au sein du « considérant » de principe ? Certes, la tendance actuelle n'est pas au rattachement des techniques juridictionnelles aux procédés classiques du contentieux administratif. La clarification du procès administratif aurait pourtant tout à y gagner.

Document 5 : Denys DE BECHILLON, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », *RFDA*, 2018, p. 662.

1. Un admirable courant jurisprudentiel avait abouti à nous libérer de la tyrannie du délai de recours en annulation contre les actes réglementaires. La plus grande latitude avait été offerte à tous d'en exciper l'illégalité à l'occasion de litiges nés de leur application individuelle, puis d'en imposer l'abrogation sans limite. C'était l'un des plus grands progrès juridiques accomplis au cours des cinquante dernières années, et ce pour une raison simple : tout cela prend le justiciable où il est, comme il est, dans la réalité la plus quotidienne de sa vie et de son état, au moment où il se décide à entreprendre une démarche contentieuse pour les raisons qui sont, à nouveau, les siennes et sur la dignité ou l'importance desquelles personne ne prétend avoir de titre à statuer □(2). Pour le dire d'un mot, le Conseil d'État avait cherché (et réussi) à offrir

par là une garantie effective et concrète aux droits de l'homme ordinaire. Or rien n'est plus satisfaisant dans un pays qui s'est voué aux exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et a même conçu ainsi qu'il n'aurait pas eu de (vraie) Constitution si cette garantie n'avait pas été accordée à chacun.

2. On s'était logiquement interdit, sur ces bases, de requérir de notre homme de la rue qu'il sache des choses qu'on ne lui aurait pas dites clairement. Puisque - s'agissant d'un acte réglementaire - l'administration ne lui a rien notifié en personne et qu'elle ne l'a pas invité à exercer son éventuel recours devant tel juge, dans tel délai et, le cas échéant, à telle condition, le parti était pris de lui fiche la paix et de le laisser libre d'agir quand il le jugerait bon. On avait donc assumé, crânement, de sacrifier un bon morceau de sécurité juridique en se disant (comme on le fait par ailleurs avec les lois) que c'est le prix à payer pour une société plus civilisée parce que dotée d'une hiérarchie des normes moins virtuelle. Tout cela convergeait.

Dans le fond, celui à qui l'on s'adressait était même un peu - et très raisonnablement - censé ignorer la loi. On n'attendait pas de lui qu'il lise le Journal officiel tous les jours, qu'il ait fait des études juridiques ou compte un avocat publiciste, un juge administratif ou un professeur de droit parmi ses amis. Il n'était rien réputé connaître. Ni de la distinction des moyens et des vices. Ni du bon moment. Ni des conditions de forme et de procédure dans lesquelles un règlement doit (ou aurait dû) être édicté. Ni des raisons pour lesquelles il pourrait, un jour, avoir besoin de s'en préoccuper. Il n'était pas présumé vouloir faire un procès au jour de la publication de l'acte, ni savoir qu'il pourrait y avoir intérêt plus tard, ni même posséder déjà cet intérêt. On ne pensait pas pour lui. On ne savait pas pour lui. On le laissait venir à la justice administrative comme il va chez McDonald's : comme il est.

3. Ce sont des raisons de cet ordre qui me font aujourd'hui ne pas aimer cet arrêt Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT, ou plus exactement l'idée qu'il porte d'interdire désormais toute remise en cause de la procédure d'élaboration des règlements une fois le délai de recours expiré.

4. Ne tenant pas la régression infantile pour la meilleure disposition de l'esprit, je ne vois, bien sûr, dans ce revirement de jurisprudence, aucun « mauvais coup » perfidement porté à la cause du peuple et toute cette sorte de choses... Mais il me semble que le Conseil d'État a ici commis une erreur d'appréciation sérieuse. Voici, un peu plus précisément, en quoi.

5. Aurélie Bretonneau a bien expliqué ce qu'il y avait à expliquer des « bonnes » raisons à produire au soutien de cet arrêt. J'y reviens seulement pour souligner que la douloureuse histoire de Notre-Dame-des-Landes a montré après mille autres qu'il n'est pas illégitime en soi de vouloir contenir l'allocation à grande échelle d'armes de guérilla systématique à ceux dont le projet est de stériliser l'action publique légale. Il y a sans doute d'autres moyens de parvenir à ce résultat que la restriction du droit d'accéder au juge, mais on peut entendre la préoccupation. Encore faut-il quand même placer raisonnablement le curseur de cette contention. Or cela n'a rien de simple. Notamment parce que le vice de procédure n'est pas intrinsèquement bénin (3). Il est même particulièrement digne d'estime lorsqu'il touche, comme ici, à la procédure consultative, et que cette dernière met en oeuvre un impératif de nature constitutionnelle - pensons à la « participation du public

» telle que prévue par la Charte de l'environnement, mais aussi, par exemple, à tout ce qui touche aux droits des travailleurs dans le Préambule de 1946.

Un véritable paradoxe fait ainsi que notre arrêt Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT minore en valeur absolue la gravité du vice de procédure au moment où les pouvoirs publics valorisent plus que jamais la consultation lato sensu de la société civile, sous toutes les formes possibles et imaginables, comme un facteur de qualité et de légitimité essentiel à la construction d'une « bonne » décision publique... Le fossé ne se laisse pas appréhender sans malaise.

6. Mais à bien y réfléchir, le diable se loge surtout dans le détail de cette valeur absolue : dans cette image du vice de procédure perçu comme suffisamment spécifique, gênant et, finalement, inessentiel pour être traité d'un bloc. Rien n'interdit, certes, de se demander s'il n'est pas excessif d'obliger une administration à toujours refaire (bien), dix ans après, une décision possiblement identique à celle qu'elle avait (mal) prise à l'origine... Mais de nouveau, ce n'était pas une raison pour en déduire que le justiciable ne pourra plus jamais exiger qu'elle remette l'ouvrage sur le métier une fois le délai de recours expiré.

7. Le génie de l'arrêt Danthony tient à ce qu'il repose, lui, sur une logique très différente. On y admet qu'en excès de pouvoir certains vices de légalité externe sont tolérés parce qu'assez véniels. Mais ils le sont si et seulement si le requérant ne démontre pas l'importance qu'ils ont eue dans son cas particulier (4). La beauté de ce système tient à ce que le citoyen y conserve la possibilité d'établir, à la lumière de sa propre situation, le caractère déterminant de la règle de procédure dont l'administration s'est affranchie, et qu'il continue en pareille occurrence à pouvoir demander l'annulation de l'acte attaqué, par exception à la règle. On laisse sa place à la nuance, à la discussion argumentée, à la considération des singularités d'espèce - c'est-à-dire, à nouveau, à la garantie des droits effectifs et concrets d'un justiciable situé.

8. C'est à ce point précis que l'arrêt Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT n'est même plus compréhensible du tout. Rien d'insurmontable ne s'opposait à ce que l'on transpose le raisonnement tenu en annulation, sur la base de la jurisprudence Danthony, à l'exception d'illégalité des règlements et à l'obligation « Alitaliaesque » de les abroger. Ce qui existait ici pouvait d'autant mieux se retrouver là que la solution eût été parfaitement cohérente et dépourvue de coût ou d'inconvénients tangibles. Tout le monde - administration y compris - aurait pu s'accommoder de devoir souffrir quand même, de temps en temps, la déclaration d'illégalité d'un règlement entaché d'un vice de procédure dont le requérant aurait démontré qu'il lui faisait vraiment et par lui-même grief.

9. Le Conseil d'État manque donc bizarrement de « réalisme » en préférant fermer toutes les écoutilles et en bornant l'espace de la discussion possible du vice de procédure au cadre du recours en annulation intenté dans le délai situations dans lesquelles l'hésitation est permise sur le point de savoir si cet espace suffit à garantir les droits du justiciable. Or il en est - et finalement d'assez nombreuses - dans lesquelles cette garantie se vérifie inexistante ou illusoire si l'on y regarde de plus près.

9.1. À la date de sa publication, le justiciable ne sait pas forcément que tel règlement - et la procédure d'élaboration qui va avec - lui posera problème un jour et se vérifiera l'instrument d'une atteinte à ses droits. Dans la vie banale, il n'en prendra même conscience que lorsque ce règlement fera l'objet d'une mesure individuelle d'application, des mois ou des années plus tard.

9.2. Le même justiciable ordinaire peut parfaitement n'être ni conscient ni informé, au moment de la publication du règlement, des vices de procédure dont souffre ce dernier. Dans l'immense majorité des cas, il ne se demandera si tel ou tel avis aura bien été demandé - pour autant qu'il en sache l'exigence - que s'il en conçoit un intérêt subjectif, constitué par un litige subséquent, c'est-à-dire plus (et donc désormais trop) tard. C'est d'ailleurs à cette occasion ultérieure qu'il aurait pu découvrir que cette procédure consultative importait ; qu'elle constituait pour lui une véritable garantie en regard de sa situation personnelle, par exemple parce qu'elle visait à faire entendre un point de vue plus ou moins expressif des intérêts semblables au sien - celui d'un comité, d'un organisme idoine, etc. Le quidam n'a aucune idée de tout cela. Les repeat players de la vie contentieuse - syndicats, associations - sont en gros les seuls à détenir le moteur et la science nécessaires pour surveiller l'orthodoxie procédurale des actes réglementaires dès leur publication. Mais il n'est ni équitable ni sérieux de leur déléguer l'intégralité de cette « veille » en pensant que ça suffira en gros à assurer une police suffisante erga omnes. Tous les intérêts individuels ne sont pas institutionnellement représentés. Ceux qui le sont ne le sont pas forcément bien. Et l'on n'entrevoit aucune raison d'admettre que les personnes qui ne bénéficient pas de cette médiation devraient être moins bien protégées...

9.3 Le « réalisme » commande aussi d'accepter - et pas seulement de voir - qu'un individu lambda peut parfaitement n'avoir aucune raison d'attaquer un acte réglementaire en excès de pouvoir, alors qu'il peut en avoir d'immenses d'en exciper l'illégalité des mois ou des années plus tard. C'est cette idée - et la philosophie pratique de l'État de droit qui la supporte - qui avait fait désacraliser le délai de recours et dédramatiser son expiration. Nous ne sommes pas très loin de changer de paradigme. Un peu trop ingénument à mon goût.

10. Gardons aux choses, pour finir, leurs exactes proportions. Cette affaire n'a rien d'un drame intersidéral. Le Conseil d'État n'a pas cessé de défendre les libertés ; personne n'est mort et notre système juridique amortira la secousse sans casse majeure. Cet arrêt pêche surtout par le signal qu'il envoie - pour parler comme dans les écoles de communication - en un moment où il aurait mieux valu qu'il envoie un (tout) autre (6).

11. Il n'est pas heureux que le Palais-Royal donne l'impression que le justiciable peut passer après. A fortiori ici, où le juge avait à sa disposition le moyen simple d'assurer sans dommage un compromis bien plus équilibré entre les intérêts des requérants, les siens propres, et ceux de l'administration. Aurait-il « danthonysé » l'exception d'illégalité et l'obligation d'abroger les règlements illégaux qu'il n'y aurait rien eu à dire de son évolution de jurisprudence, sinon pour saluer sa cohérence et son esprit de mesure. Mais c'est ce qu'il n'a pas fait.

12. Dans le benchmarking où nous sommes entre juridiction administrative et judiciaire ; dans cette ambiance faussement feutrée où l'on se jalouse beaucoup et où on se poignarde pas mal, il faut souhaiter que le Conseil d'État conserve, si j'ose dire, un certain leadership : quant au sérieux et à la sophistication de ses méthodes

de travail, quant aux mécanismes de discipline et de contrôle interne qu'il a su mettre en oeuvre, mais aussi quant au fond de son travail. Personne n'a rien d'enviable à gagner à ce qu'il retourne, si peu que ce soit, dans le genre de thébaïde qu'avait visitée le Huron de la fable. Nous avons besoin qu'il se mette à la place du justiciable avant de décider quoi que ce soit. Qu'il le fasse toujours et qu'il le fasse pour de bon. Sans déréalisation ni idéalisation. Sans fard ni fausse bonne conscience.

Bref, il faut souhaiter que l'arrêt Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT ne soit qu'un accident de parcours, et une excellente occasion de réfléchir un peu plus obstinément au coût, pour l'État de droit, de la volonté aujourd'hui très partagée de « réguler » les flux contentieux. J'exclus de moins en moins que ce coût soit excessif.

(1) V. les conclusions d'A. Bretonneau, RFDA 2018. 649 et la note de P. Delvolvé, RFDA 2018. 665

(5). De fait, il a renoncé à considérer les

(2) Mettons évidemment à part le cas du recours abusif et la personne du querulant processif. Et souvenons-nous qu'il n'y a pas de « petit

litige » dans l'esprit de celui qui s'y trouve engagé. Les causes les moins sophistiquées, juridiquement parlant, voire les moins nobles, ont la même aptitude que les autres à pourrir la vie (toute subjective) des gens.

(3) Soit dit par parenthèse, le vice de forme ne l'est pas non plus si l'on songe, par ex., aux cas dans lesquels la motivation de l'acte concourt beaucoup à asseoir, ou pas, sa légalité au fond en plus que son acceptabilité sociale.

(4) Le Conseil d'État l'écrivait lui-même d'excellente façon : « [...] 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 » (CE, ass., 23 déc. 2011, n° 335033, Danthony, Lebon p. 649 ; GAJA n° 112)

(5) J'entends ici ce terme dans l'acception qui lui est souvent donnée en contentieux constitutionnel pour désigner la volonté que je juge peut avoir d'observer les effets réels des lois pour construire sur eux le contrôle de constitutionnalité. Sur ce sujet, v. la livraison n° 22 des Cahiers du Conseil constitutionnel et tout particulièrement la contribution de D. Ribes, « Le réalisme du Conseil constitutionnel », p. 134. V. égal. mon étude, « Pragmatisme : ce que la QPC peut utilement devoir à l'observation des réalités », Sem. Jur. éd. Gen. 20 déc. 2010, n° 51.

(6) Le signal auquel je pense au premier chef est celui qui s'adresse au justiciable, mais 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 forcément aberrant de s'affranchir des règles de procédure, considérant la faiblesse du danger d'avoir des comptes à rendre à ce propos...