

DROIT ADMINISTRATIF

Jean-François Brisson, Professeur.
Licence 2, droit, Série 2
Année universitaire 2019-2020

*Les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir :
les moyens de légalité externe
TD n°5*

Lectures préalables :

- CE, ass. 23 déc. 2011, *Danthony et autres* (commentaire GAJA, 22^e éd., 2019, n° 110, p. 884).
- CE, ass. 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT* (commentaire GAJA, 22^e éd., 2019, n° 117, p. 968).

I- Textes et jurisprudence :

- Code de l'urbanisme, article L.600-1
- Conseil constitutionnel, n° 93-335 DC du 21 janvier 1994, note P. Hocretière, RFDA 1994
- Conseil d'Etat, 4 mars 2009, Syndicat national des industries d'information de santé
- Conseil d'Etat, ass., 23 décembre 2011, *Danthony et autres*
- Conseil d'Etat, 17 juillet 2013, Syndicat national des professionnels de santé au travail et autres
- Conseil d'Etat, 12 juillet 2019, Fédération nationale de la Chasse, note de Fournaux, AJDA 2019, p. 2129.
- Conseil d'Etat, ass., 18 mai 2018, Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT

II- Doctrine :

- DE BECHILLON, Denys, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires - Contre », RFDA, 2011, p. 662.
- DEVOLVE, Pierre «La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires - Des arguments pour ?», RFDA, 2016, p. 665.

Exercice : La légalité externe de l'acte administratif, une légalité secondaire ? (dissertation)

Doc. n°1

Article L600-1

- Modifié par [ORDONNANCE n°2015-1174 du 23 septembre 2015 - art. 8](#)

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.

Doc n°1 bis

RFDA

Le juge constitutionnel et la loi du 9 février 1994 – Patrick Hocreître – RFDA 1995. 7

RFDA 1995 p.7

Le juge constitutionnel et la loi du 9 février 1994, Commentaire de la décision n° 93-335 DC du 21 janvier 1994(1),

Ainsi qu'il résultait de l'exposé des motifs du projet de loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction, ce projet avait pour objet, sans attendre une réforme d'ensemble clarifiant et simplifiant le droit de l'urbanisme, de mettre fin à certaines sources de blocage qui entravent l'acte de construire et dont la persistance irait à rencontre des objectifs de reprise dans le secteur du bâtiment.

Dans un contexte économique sans précédent, le gouvernement entendait apporter rapidement par ce projet une première réponse à la situation de l'emploi et à la crise de la construction. Déjà, la loi de finances rectificative pour 1993 comportait à cet égard d'importantes mesures fiscales et budgétaires destinées à accroître fortement la production de logements dans le pays. Or, les constructeurs se heurtaient à des difficultés administratives ou contentieuses qui les conduisaient à différer de trop nombreuses mises en chantier, voire même à abandonner leurs projets.

Quelles que soient les dispositions de la loi mises en cause par les auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel ou par le Conseil constitutionnel lui-même, les moyens soulevés s'articulent autour de sept grands motifs d'inconstitutionnalité que l'on se propose de commenter :

- la limitation du droit de recours et la remise en cause de la garantie des droits prévue par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ;
- la constitutionnalité de la loi au regard des stipulations d'un traité ou d'une convention internationale ;
- [...]

La limitation du droit de recours et la remise en cause de la garantie des droits prévue par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

Ce moyen est invoqué par les requérants à propos de l'article 3 de la loi qui comporte plusieurs mesures relatives au contentieux administratif de l'urbanisme et, plus précisément, à propos de l'article L. 600-1 nouveau du code de l'urbanisme introduit par cet article.

L'article L. 600-1 pose le principe selon lequel à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la prise d'effet d'un document d'urbanisme, d'un acte prescrivant son élaboration ou sa révision ou créant une zone d'aménagement concerté, les illégalités de forme ou de procédure les affectant ne peuvent plus être invoquées par voie d'exception. Cet article aménage ce principe en maintenant le caractère permanent de l'exception d'illégalité pour des vices de procédure ou de forme considérés comme particulièrement graves limitativement énumérés :

- l'absence de mise à disposition du public des schémas directeurs prévue à l'article L. 122-1-2 du code de l'urbanisme ;
- la méconnaissance substantielle ou la violation des règles de l'enquête publique sur les plans d'occupation des sols prévue à l'article L. 123-3-1 du code de l'urbanisme ;
- l'absence de rapport de présentation ou des documents graphiques(5).

A cette liste, outre les règles de fond qui n'ont jamais été concernées par le texte, s'ajoute bien sûr le vice d'incompétence qui est un moyen d'ordre public.

Il convient de rappeler que l'opportunité de cette mesure, fortement controversée, avait été recommandée par le Conseil d'Etat lui-même dans le rapport précité remis au gouvernement en février 1992, suite à l'audit du droit de l'urbanisme. Cette mesure figurait, en outre, dans le projet de loi n° 3077 déposé le 25 novembre 1992 sur le bureau du Parlement et ayant fait l'objet d'un examen préalable du Conseil d'Etat.

Cette mesure a pour origine une constatation simple et paradoxale : les requêtes dirigées contre les autorisations individuelles en matière d'urbanisme sont fondées le plus souvent sur

des vices affectant l'irrégularité purement formelle d'un document d'urbanisme plutôt que sur leur propre irrégularité. Ce procédé est lourd de conséquences :

- il fragilise, pour des irrégularités souvent vénielles et intervenues des années auparavant, l'équilibre de gestion de l'espace et de protection de l'environnement auquel doit normalement aboutir un document d'urbanisme ;

- il affecte la sécurité juridique des citoyens en ce qui concerne les conditions d'exercice de leur droit de propriété et de l'ensemble des attributs qui lui sont attachés, dont le droit de construire, conformément à l'article L. 112-1 du code de l'urbanisme ;

- il allonge les délais de jugement en posant, compte tenu du caractère ancien des faits évoqués, de délicats problèmes d'instruction des affaires.

Sa gravité est certaine puisqu'on estime qu'environ 60 % des requêtes concernent les seuls vices de forme.

Conformément à une jurisprudence ancienne, l'intérêt général implique que « les situations faites et acceptées par les parties [...] ne puissent être éternellement dérangées » (L'Hôpital, concl. sur CE, 20 mars 1862, Ville de Châlons-sur-Marne, S. 1863.2.92). L'exigence d'un délai à l'intérieur duquel doit être exercé le recours contentieux est destiné à « assurer la stabilité des situations de droit résultant des décisions administratives » (Jean Donnedieu de Vabres, concl. sur CE, 28 mars 1952, Piteau, Martin, Lhuillier, RD publ. 1952.498). Tout autant que la légalité, la sécurité constitue un impératif de l'ordre juridique. Les droits et intérêts des bénéficiaires, publics ou privés, d'actes administratifs nécessitent non moins une théorie administrative de la forclusion.

C'est la raison pour laquelle les délais de recours contentieux, au cours du XIXe et du XXe siècle, ont été systématisés dans leur principe et raccourcis dans leur durée. Fixés à trois mois pour les recours devant le Conseil d'Etat par l'article II du décret du 22 juillet 1806, ces délais ont été ramenés à deux mois par l'article 24 de la loi du 13 avril 1900. Désormais, la durée des délais de recours applicables à toutes les juridictions administratives résulte de l'article premier de la loi du 7 juin 1956 modifiée par le décret n° 65-29 du 11 janvier 1965(6).

La portée de ces délais est essentielle. A l'expiration des délais, toute requête est irrecevable. Si le recours, dont la décision était susceptible, n'a pas été exercé avant leur expiration, la décision devient définitive, ce qui ne signifie pas pour autant que cette décision est légale. Comme l'énonce M. le conseiller d'Etat Bacquet, « c'est un principe fondamental du droit administratif français qu'une décision administrative qui n'a pas fait l'objet d'un recours dans le délai ouvert pour le contester devient définitive, même si elle est illégale »(7).

Toutefois, en vertu d'une jurisprudence relativement ancienne, puisqu'elle remonte au début de ce siècle (CE, 29 mai 1908, Poulin, Rec. p. 580 ; D. 1910.3.17 ; 2 avr. 1909, Moreau et Pérot, Rec. p. 375 ; D. 1911.3.14), l'illégalité entachant un règlement peut être invoquée à toute époque, même plusieurs années après la publication du règlement. A l'égard des règlements, l'exception d'illégalité, comme le souligne le professeur Chapus(8), est perpétuelle. L'exception d'illégalité entre ainsi en conflit avec la nécessaire stabilité des situations de droit résultant des décisions administratives. Il y a conflit, selon M. Bacquet, entre deux règles d'égale valeur : d'un côté l'intangibilité des actes administratifs devenus définitifs, de l'autre le principe de légalité de l'action administrative ou, si l'on veut, entre deux inconvénients d'égale importance.

C'est en quelque sorte de ce conflit que le Conseil constitutionnel devait arbitrer à l'occasion du recours dont il était saisi à l'occasion du projet de loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction. Les auteurs de la saisine eux-mêmes ne contestaient pas la possibilité pour le législateur d'aménager l'accès des administrés à la justice et, notamment, d'instaurer des délais limitant le droit de recours ou celui de contester par voie d'exception la légalité d'une décision administrative. Par contre, ils soutenaient :

- d'une part, que le principe de légalité, dont la valeur constitutionnelle ne saurait être discutée..., implique nécessairement la reconnaissance à tout administré intéressé du droit de soumettre toute décision administrative au contrôle d'une juridiction... ; ce droit garanti par un principe fondamental reconnu par les lois de la République suppose que, en vertu d'un autre principe constitutionnel, l'illégalité d'un règlement puisse être perpétuellement invoqué à l'appui d'un recours dirigé contre l'un de ces actes d'application, conformément à une tradition républicaine ;

- d'autre part, que la faculté de contester la légalité d'un règlement d'urbanisme pour des seuls motifs de légalité interne, à deux exceptions près, à l'expiration d'un délai de six mois à compter de l'édition de ce règlement, porte une atteinte manifestement excessive au principe de légalité, sans qu'aucune considération d'intérêt général puisse justifier cette atteinte.

Enfin, selon les requérants, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, selon lequel « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution », fait obligation au législateur d'assurer à tous les citoyens la garantie des droits.

Toutefois, ainsi qu'on l'a vu précédemment, pour général qu'il soit, le principe de légalité n'est pas absolu. « Le principe de légalité qui exige à la fois le respect des attributions du législateur et celui des règles supérieures de droit » (Déc. n° 82-137 DC du 25 févr. 1982) est tempéré par le principe d'intangibilité des situations administratives devenues définitives répondant à la nécessité de sécurité juridique et à la préservation des droits définitivement acquis, même s'ils sont illégaux.

Tout d'abord, contrairement à l'opinion des auteurs de la saisine, la tradition républicaine ne permet pas de dégager un principe constitutionnel, selon lequel l'illégalité d'un règlement pourrait être perpétuellement invoquée à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'un de ses actes d'application. Il n'y a pas lieu, en conséquence, d'être surpris que le Conseil constitutionnel ne réponde à cette argumentation. Le Conseil constitutionnel privilégie les sources écrites des principes de valeur constitutionnelle par rapport aux sources non écrites(9). Or, le principe invoqué par les auteurs de la saisine ne figure ni dans la Constitution de 1958, ni dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ni dans les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dont fait état le Préambule de la Constitution de 1946 ou dans les principes particulièrement nécessaires à notre temps proclamés par ce même Préambule.

En outre, la « tradition républicaine » invoquée par les auteurs de la saisine est loin d'être établie. En effet, le législateur lui-même avait déjà eu l'occasion de limiter les conditions de recours à l'exception d'illégalité dans le domaine même de l'urbanisme. Ainsi, l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme, introduit par la loi n° 85-729 du 18 juillet 1985, prévoit-il que les vices affectant la procédure de concertation, exigée notamment dans le cadre de la création de zones d'aménagement concerté ou préalablement à l'ouverture à l'urbanisation de zones d'urbanisation future, sont sans incidence sur la légalité des autorisations ultérieures d'occuper et d'utiliser le sol. Il s'agit bien là d'une restriction législative au recours à l'exception d'illégalité qui d'ailleurs n'avait pas été considérée comme inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel lors de l'examen de la loi qui avait été soumise à sa censure (Déc. n° 85-289 DC du 17 juill. 1985).

Dans le même ordre d'idées, dans un domaine connexe à celui du droit de l'urbanisme, on peut citer la législation relative aux installations classées. En vertu de la loi du 19 décembre 1917, le recours des tiers n'était assujéti à aucune condition de délai ; les dangers ou inconvénients pouvant en effet ne se manifester que plus ou moins longtemps après l'ouverture de l'établissement. Afin de ne pas laisser les industriels sous la menace de contestations auxquelles ils se trouveraient indéfiniment exposés, l'article 14 de la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 a limité dans le temps ces recours qui ne sont désormais possibles que dans un délai de quatre ans à compter de la publication ou de l'affichage des décisions prises en la matière.

Par ailleurs, la jurisprudence récente du Conseil d'Etat intervenue en matière d'urbanisme encadrait déjà la possibilité du recours à l'exception d'illégalité :

- ainsi, l'illégalité affectant l'élaboration d'un plan d'occupation des sols n'entraîne pas nécessairement par elle-même l'illégalité d'un acte délivré au vu de ce document (CE, Sect., 12 déc. 1986, Société Gépro, AJDA 1987.275) ;

- de même, l'illégalité du plan d'occupation des sols rendu public n'entraîne pas l'illégalité du plan d'occupation des sols approuvé, la soumission du plan rendu public à une enquête publique ayant pour effet de faire regarder comme couverte l'irrégularité formelle initiale (CE, 7 juin 1991, Commissaire de la République de Corse du Sud c/ Raccat, AJDA 1991.813, note Montgolfier).

Les aménagements apportés au recours à l'exception d'illégalité en matière de documents d'urbanisme, envisagés d'abord dans le cadre du projet de loi déposé à l'Assemblée nationale le 25 décembre 1992 et adoptés ensuite par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel se situent dans cette évolution. Ces aménagements avaient été élaborés à l'initiative du Conseil d'Etat, non sans hésitation ni « états d'âme », comme le précise M. Marceau-Long, vice-président du Conseil d'Etat « Mais il nous est apparu indispensable de faire preuve d'imagination ou d'audace en introduisant des règles nouvelles dont je reconnais volontiers qu'elles bousculent un peu certaines de nos habitudes [...]. Le droit de l'urbanisme est l'un des domaines où des besoins nouveaux s'expriment avec le plus de force. Nous pensons qu'il peut être aussi un champ d'expérimentation »(10).

M. le conseiller d'Etat Labetoulle résume bien les raisons et les effets de ces aménagements. « La disposition du projet de loi écartant l'exception d'illégalité sur des moyens de légalité externe est excellente ! Car lorsqu'un plan d'occupation des sols est intervenu, on peut l'attaquer dans le délai de deux mois et même au-delà de ce délai, puisqu'il suffit alors de demander à la commune de l'abroger(11) et, en cas de réponse négative, de déférer celle-ci au juge. Par conséquent, à tout moment il est possible de faire constater l'illégalité d'un plan d'occupation des sols [...]. La pratique des avocats, lorsqu'ils attaquent un permis de construire, consiste souvent, non pas tant à contester le projet de construction individuelle qu'à soulever un moyen relatif à la régularité de l'élaboration du plan d'occupation des sols, c'est-à-dire quelque chose qui n'a rien à voir avec le projet de construction ! Je trouve que c'est un procédé dilatoire, qu'il ne convient certainement pas d'encourager [...]. Ce qui est important, c'est tout de même la légalité interne et, notamment, le point de savoir si le projet de construction respecte les dispositions du plan d'occupation des sols ou du Règlement national d'urbanisme »(12).

Le Conseil constitutionnel adopte le même raisonnement et ne fait pas droit au point de vue développé par les auteurs de la saisine (cf. 4e cons.). Il met en évidence, tout d'abord, le fait que la restriction apportée par les dispositions législatives contestées est limitée à certains actes relevant du seul droit de l'urbanisme. Cette restriction n'est donc pas générale et absolue. Elle est, en outre, justifiée par les particularités qui existent en cette matière et, notamment, la multiplicité des contestations de la légalité externe de ces actes et l'instabilité juridique qui en résulte. Il constate, par ailleurs, que le législateur a fait réserve des vices de forme ou de procédure qu'il a considéré comme substantiels et qu'il a maintenu un délai de six mois au cours duquel toute exception d'illégalité peut être invoquée. Enfin, les dispositions qui ont été prises 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 devenus illégaux et de former des recours pour excès de pouvoir contre d'éventuelles décisions de refus explicites ou implicites.

Tirant argument de ces différents éléments, le Conseil constitutionnel considère, en conséquence, qu'il n'est pas porté d'atteinte substantielle au droit de recours et qu'il n'y a donc pas méconnaissance de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ainsi que le prétendaient les auteurs de la saisine. Cette décision est importante car, s'inscrivant dans la ligne de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui paraît se dégager en matière de droit de recours, elle rapproche encore une fois, et de façon un peu plus étroite, le droit de recours et l'article 16 de la Déclaration de 1789.

On sait que si le principe des droits de la défense, en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République, a valeur constitutionnelle, il n'en est pas encore de même s'agissant du droit de recours. On a toutefois le sentiment, comme le précise M. le conseiller d'Etat Genevois, que le moment est proche où l'existence du contrôle juridictionnel et, donc, l'existence du droit de recours seront érigées au rang de principe de valeur constitutionnelle par référence à l'article 16 de la Déclaration de 1789(13). Après la décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 portant sur la loi relative aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers et celle n° 93-327 DC du 19 novembre 1993 relative à la loi organique sur la Cour de justice de la République, la décision du 21 janvier 1994 consacre un rapprochement significatif entre le droit de recours et la « garantie des droits » telle qu'énoncé par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

La constitutionnalité de la loi au regard des stipulations d'un traité ou d'une convention internationale

Ce moyen est invoqué par les auteurs de la saisine à propos, là encore, de l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme introduit par l'article 3 de la loi. En effet, ces derniers estiment que l'article L. 600-1 méconnaît trois dispositions conventionnelles :

- l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales aux termes duquel « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial... » ;

- l'article 3 de la même Convention aux termes duquel « toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente convention ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif... » ;

- l'article F du traité sur l'Union européenne par lequel les Etats signataires s'engagent à respecter les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et les principes généraux du droit communautaire.

Cependant, dans la droite ligne de sa jurisprudence antérieure, le Conseil constitutionnel écarte ce moyen (cf. 6e cons.). En effet, depuis une décision de principe n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 portant sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse(14), le Conseil constitutionnel considère qu'il ne lui appartient pas, lorsqu'il se prononce en tant que juge de la constitutionnalité des lois dans le cadre de l'article 61 de la Constitution, de s'assurer que des dispositions législatives ne sont pas contraires à des traités et engagements internationaux. C'est au juge ordinaire, judiciaire ou administratif, chargé de l'application de la loi, qu'il incombe de faire prévaloir, s'il y a lieu, le traité sur la loi(1)

Doc n°2 : - Conseil d'Etat, 4mars 2009, Syndicat national des industries d'information de santé

Considérant, enfin, que les conditions de publication d'un acte administratif sont sans incidence sur sa légalité ; que doit, par suite, être écarté le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article 3 du décret du 7 novembre 1988 selon lesquelles la publication de l'acte d'approbation d'une convention constitutive d'un groupement d'intérêt public constitué dans le domaine de l'action sanitaire et sociale doit mentionner la délimitation de la zone géographique couverte par ce groupement ;

Doc. n° 3: - Conseil d'Etat, ass., 23 décembre 2011, Danthony et autres

Sur la fin de non-recevoir opposée par le ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche :

Considérant que la qualité de membres du conseil d'administration et du comité technique paritaire de l'un des établissements publics regroupés par le décret attaqué de trois des requérants leur confère un intérêt pour demander l'annulation de ce dernier dans toutes ses dispositions ;

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 préalable 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 ;

En ce qui concerne les modalités des délibérations des conseils d'administration :

Considérant que lorsque des établissements demandent leur regroupement, une délibération exprimant la volonté propre du conseil d'administration de chacune des personnes morales concernées doit être prise en ce sens ; qu'une telle nécessité fait obstacle, eu égard à l'objet même de la délibération, à ce qu'un conseil d'administration puisse délibérer en présence de membres des conseils d'administration des établissements avec lesquels le regroupement est envisagé ; qu'il ressort des pièces du dossier que les délibérations par lesquelles les conseils d'administration des deux écoles normales supérieures ont pris parti sur le principe de la fusion avec l'autre établissement ont été émises lors d'une réunion organisée en commun, sous la présidence unique du président du conseil d'administration de l'un des deux établissements, y compris pendant le débat et le scrutin ; qu'eu égard au nombre et à la qualité des personnes irrégulièrement présentes, et en dépit du fait que les administrateurs étaient informés depuis plusieurs mois du projet de regroupement, de telles modalités de délibération ne peuvent être regardées comme dépourvues d'incidence sur le sens des votes, même si ceux-ci ont été émis de façon distincte ; que l'expression du point de vue autonome de chaque établissement a ainsi été altérée ; que ce vice dans le déroulement de la procédure a donc été susceptible d'exercer une influence sur le sens des délibérations et, par suite, sur le sens du décret attaqué approuvant la demande de regroupement ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède, et sans qu'il y ait lieu, dans l'intérêt d'une bonne justice, de rouvrir l'instruction pour tenir compte de la question prioritaire de constitutionnalité formulée dans la note en délibéré présentée par M. H...et autres, que M. H...et autres sont fondés à soutenir que le décret attaqué a été pris au terme d'une procédure irrégulière et à en demander, pour ce motif, l'annulation ;

Sur les conséquences de l'illégalité du décret attaqué :

Considérant que 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, 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 ;

Considérant qu'au regard, d'une part, des conséquences de la rétroactivité de l'annulation du décret attaqué, qui produirait des effets manifestement excessifs en raison du risque de mise en cause des nombreux actes individuels et contractuels pris sur le fondement de ses dispositions, relatifs au fonctionnement de l'école, à la situation de ses élèves et de ses professeurs, d'autre part, de la nécessité de permettre au ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche de prendre les dispositions nécessaires pour assurer la continuité du service public, et compte tenu tant de la nature du moyen d'annulation retenu que de ce qu'aucun des autres moyens soulevés ne peut être accueilli, il y a lieu de prévoir que l'annulation prononcée par la présente décision ne prendra effet qu'à compter du 30 juin 2012 et que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de la présente décision contre les actes pris sur son fondement, les effets produits par les dispositions du décret attaqué antérieurement à son annulation seront regardés comme définitifs ;

Sur les conclusions à fin d'injonction et d'astreinte :

Considérant que la présente décision n'implique par elle-même aucune mesure d'exécution ; que, par suite, les conclusions à fin d'injonction et d'astreinte présentées par M. H...et autres ne peuvent qu'être rejetées ;

Doc. n°3 bis : - Conseil d'Etat, 17 juillet 2013, Syndicat national des professionnels de santé au travail et autres

1. Considérant qu'aux termes de l'article L. 4624-4 du code du travail : " Des décrets en Conseil d'Etat précisent les modalités d'action des personnels concourant aux services de santé au travail ainsi que les conditions d'application du présent chapitre " ;

2. Considérant que le décret attaqué du 30 janvier 2012, pris pour l'application de la loi du 20 juillet 2011 relative à l'organisation de la médecine du travail, a notamment inséré dans le code du travail des articles D. 4624-37 à D. 4624-41 relatifs à l'établissement par le médecin du travail d'une fiche d'entreprise ou d'établissement, des articles D. 4624-42 à D. 4624-45 relatifs au rapport annuel d'activité du médecin du travail, un article D. 4624-46 relatif au dossier médical en santé au travail et un article D. 4624-50 relatif à la participation du médecin du travail aux recherches, études et enquêtes entrant dans le cadre de ses missions ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article L. 112-1 du code de justice administrative : " Le Conseil d'Etat participe à la confection des lois et ordonnances. Il est saisi par le Premier ministre des projets établis par le Gouvernement (...) / Le Conseil d'Etat donne son avis sur les projets de décrets et sur tout autre projet de texte pour lesquels son intervention est prévue par les dispositions constitutionnelles, législatives ou réglementaires (...) / Saisi d'un projet de texte, le Conseil d'Etat donne son avis et propose les modifications qu'il juge nécessaires (...) " ; **qu'eu égard au rôle ainsi dévolu au Conseil d'Etat, 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** ;

4. Considérant que les dispositions introduites par les articles mentionnés au point 2 ont pour objet de préciser les modalités d'action des personnels concourant aux services de santé au travail ; qu'elles devaient, par suite, être prises par décret en Conseil d'Etat en application de l'article L. 4624-4 du code du travail ; qu'il ressort des pièces du dossier que le Conseil d'Etat n'a pas été saisi du projet de texte les concernant ; que, par suite, ces articles sont entachés d'illégalité ;

5. Considérant, en revanche, qu'aux termes de l'article L. 4622-17 du code du travail : " Des décrets déterminent les conditions d'organisation et de fonctionnement des services de santé au travail (...) " ; qu'aux termes de l'article L. 4625-1 du même code : " Un décret détermine les règles relatives à l'organisation, au choix et au financement du service de santé au travail ainsi qu'aux modalités de

surveillance de l'état de santé des travailleurs applicables aux catégories de travailleurs suivantes : / 1° Salariés temporaires ; (...) / 7° Travailleurs saisonniers. / Ces travailleurs bénéficient d'une protection égale à celle des autres travailleurs. / Des règles et modalités de surveillance adaptées ne peuvent avoir pour effet de modifier la périodicité des examens médicaux définie par le présent code (...) " ;

6. Considérant que, d'une part, les dispositions des articles D. 4622-25 à D. 4622-28 et D. 4622-48, introduits dans le code du travail par le décret attaqué, se rapportent à l'organisation et au fonctionnement des services de santé au travail et pouvaient être adoptées, en application de l'article L. 4622-17, par un décret simple ; que, d'autre part, les dispositions des articles D. 4625-1 à D. 4625-7 et D. 4625-13 à D. 4625-22, également introduits dans le code du travail par le décret attaqué, se rapportent aux modalités de surveillance de l'état de santé des salariés temporaires et des travailleurs saisonniers et relèvent, en application de l'article L. 4625-1, d'un décret simple ; que, par suite, le syndicat national des professionnels de santé au travail et autres ne sont pas fondés à soutenir que le Conseil d'Etat aurait dû être consulté avant l'adoption de ces dispositions ;

7. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les requérants sont fondés à demander l'annulation du décret du 30 janvier 2012 en tant seulement qu'il insère dans le code du travail les articles D. 4624-37 à D. 4624-46 et D. 4624-50 ;

8. Considérant que la présente décision n'a pas pour effet de remettre en cause la validité des fiches d'entreprise ou d'établissement, mentionnées aux articles D. 4624-37 à D. 4624-41, et des rapports annuels d'activité, prévus aux articles D. 4624-42 à D. 4624-45, qui auraient été établis entre le 1er juillet 2012 et la date de la présente décision ; qu'elle ne fait pas obstacle à ce que le médecin du travail, en application de l'article L. 4624-2 du code du travail, utilise les dossiers médicaux en santé au travail qu'il aurait déjà constitués et continue à y verser les informations mentionnées par cet article ; qu'enfin, elle ne s'oppose pas à ce qu'il participe à des recherches, études et enquêtes dans le cadre de ses missions ; que, par suite, il n'y a pas lieu de limiter dans le temps les effets de l'annulation des dispositions citées au point 6 ;

9. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat, au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, le versement à chaque requérant d'une somme de 750 euros ;

Document n° 3 ter Conseil d'Etat, 12 juillet 2019, Fédération nationale des chasseurs

Sommaire

En annulant un arrêté ministériel signé sans qu'aient été pris en compte les résultats de la participation du public en matière environnementale, le Conseil d'Etat contribue à renforcer l'effectivité des procédures, qui ne peuvent être accomplies de manière purement formelle. Il demeure toutefois difficile de prouver qu'une procédure a été privée d'effet utile, au-delà de ce cas d'espèce assez singulier.

Considérant ce qui suit

:

1. En vertu de l'article L. 424-1 du code de l'environnement, le ministre chargé de la chasse prend des arrêtés pour « prévenir la destruction ou favoriser le repeuplement des oiseaux ou de toutes espèces de gibier ». Aux termes de l'article R. 424-14 du même code : « Le ministre chargé de la chasse [...] peut, par arrêté pris après avis du Conseil national de la chasse et de la faune sauvage, suspendre pendant une durée maximale de cinq ans la possibilité de chasser certaines espèces de gibier qui sont en mauvais état de conservation. » La Fédération nationale des chasseurs demande l'annulation de l'arrêté du 1^{er} août 2018, pris sur le fondement de ces dispositions, par lequel le ministre d'Etat, ministre de la transition écologique et solidaire a suspendu jusqu'au 30 juillet 2019 la chasse à la

barge à queue noire et au courlis cendré sur l'ensemble du territoire métropolitain, excepté sur le domaine public maritime s'agissant de la seconde espèce.

2. Aux termes du I de l'article L. 123-19-1 du code de l'environnement : « Le présent article définit les conditions et limites dans lesquelles le principe de participation du public, prévu à l'article 7 de la Charte de l'environnement, est applicable aux décisions, autres que les décisions individuelles, des autorités publiques ayant une incidence sur l'environnement lorsque celles-ci ne sont pas soumises, par les dispositions législatives qui leur sont applicables, à une procédure particulière organisant la participation du public à leur élaboration. » Le II du même article définit les modalités de cette participation. En vertu de son 5^e alinéa : « Le projet de décision ne peut être définitivement adopté avant l'expiration d'un délai permettant la prise en considération des observations et propositions déposées par le public et la rédaction d'une synthèse de ces observations et propositions. Sauf en cas d'absence d'observations et propositions, ce délai ne peut être inférieur à quatre jours à compter de la date de la clôture de la consultation. » En vertu de l'article L. 123-19-3 du même code : « Les dispositions des articles L. 123-19-1 et L. 123-19-2 ne s'appliquent pas lorsque l'urgence justifiée par la protection de l'environnement, de la santé publique ou de l'ordre public ne permet pas l'organisation d'une procédure de participation du public. / Les délais prévus aux II, III et IV de l'article L. 123-19-1 et aux II et III de l'article L. 123-19-2 peuvent être réduits lorsque cette urgence, sans rendre impossible la participation du public, le justifie. »

3. 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.

4. En l'espèce, il ressort des pièces du dossier que la consultation du public, organisée en application de l'article L. 123-19-1 du code de l'environnement, sur le projet d'arrêté suspendant la chasse de la barge à queue noire et du courlis cendré jusqu'au 30 juillet 2019 a été ouverte entre le 10 et le 31 juillet 2018 et que l'arrêté attaqué a été signé dès le 1^{er} août 2018, sans qu'ait alors été rédigée la synthèse des 7 780 commentaires validés reçus pendant la consultation.

5. Si le ministre invoque en défense l'urgence qui s'attachait à la signature de l'arrêté en raison de l'imminence de la réouverture de la chasse pour les espèces en cause, qui devenait possible le 4 août 2018 en l'absence d'arrêté, il ne fait valoir aucune circonstance objective, indépendamment du retard qui lui est imputable dans la préparation de l'arrêté, qui aurait justifié de déroger aux dispositions précédemment citées du code de l'environnement.






6. En signant l'arrêté attaqué dès le lendemain du jour de la clôture de la consultation du public, sans respecter le délai minimum de quatre jours fixé par l'article L. 123-19-1 du code de l'environnement et sans qu'ait été établie la synthèse des observations et propositions recueillies lors de la consultation, l'auteur de l'arrêté ne peut être regardé comme ayant pris en considération l'ensemble des commentaires exprimés par le public. Par suite, et alors même que le ministre fait valoir qu'il aurait analysé pendant la consultation les avis exprimés au fur et à mesure de leur réception et indique qu'une synthèse provisoire des 1 000 premières observations aurait été établie, la fédération requérante est fondée à soutenir que l'arrêté qu'elle attaque a été pris au terme d'une procédure irrégulière. Cette irrégularité, qui a privé les personnes ayant participé à la consultation de la garantie de voir leur avis dûment pris en considération à l'égard d'une décision ayant une incidence directe et significative sur l'environnement, entache d'illégalité la décision prise le 1^{er} août 2018.

7. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, que la Fédération nationale des chasseurs est fondée à demander l'annulation de l'arrêté qu'elle attaque.

Note Louis de Fournoux De l'effet utile des procédures : le cas de la participation du public, AJDA, 2019, p. 2129

« [L]es formalités ne doivent jamais être considérées comme des procédures de pure forme, comme un appareil extérieur destiné à donner plus de solennité à l'acte ; dans la pensée de la loi, elles sont des garanties offertes aux intéressés, au public, à l'administration elle-même contre les décisions hâtives et mal étudiées » (E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, t. II, 1888, p. 492). Si ce constat tient du bon sens, la présente affaire montre la difficulté à en garantir les promesses.

Le ministre de la transition écologique et solidaire a, par arrêté du 1^{er} août 2018, suspendu pour une durée d'un an la chasse de deux espèces animales, en vue d'améliorer leur état de conservation. Cette compétence, qui lui appartient en vertu du code de l'environnement, s'exerce après avis du Conseil national de la chasse et de la faune sauvage. A cela s'ajoute un principe général du droit de l'environnement, la participation du public aux décisions ayant un impact sur l'environnement, proclamé par l'article 7 de la Charte de l'environnement et concrétisé par les articles L. 123-1 et suivants du code de l'environnement. Ici, la participation du public s'est matérialisée par une consultation qui a conduit au dépôt d'observations, plus précisément de 7 780 commentaires sur le projet d'arrêté. Dès le lendemain du jour de la clôture de la consultation, le ministre a pris l'arrêté contesté, nonobstant la disposition de l'article L. 123-19-1 du code de l'environnement qui pose un délai minimal de quatre jours entre la décision et la clôture de la consultation et ce afin de permettre « la prise en considération des observations et propositions déposées par le public et la rédaction d'une synthèse ».

La Fédération nationale des chasseurs a alors formé un recours pour excès de pouvoir contre cet arrêté de nature réglementaire. Ce recours, introduit directement devant le Conseil d'Etat et avant l'expiration du délai de recours, lui permet de soulever les vices de procédure dont serait entaché l'arrêté (ce qui est désormais le seul moyen de faire valoir de telles irrégularités, v. CE 18 mai 2018, n° 414583, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, Lebon avec les concl.  ; AJDA 2018. 1206 , chron. S. Roussel et C. Nicolas  ; AJCT 2018. 528, obs. G. Le Chatelier  ; RFDA 2018. 649, concl. A. Bretonneau ).

Se pose alors la question de savoir dans quelles conditions le juge administratif pourra considérer qu'une procédure a été privée d'effet utile et si cela doit se répercuter sur la légalité de la décision prise à l'issue de cette procédure. Ici, la réponse pourrait paraître élémentaire, étant donné la violation d'une règle de délai. Mais au-delà de ce simple problème, la situation apparaît plus complexe : peut-on s'assurer qu'une autorité administrative - ici, un ministre - tiendra compte des observations formulées dans le cadre des si nombreuses procédures de consultation, d'enquête et de participation ? La légalité de sa décision est-elle entachée s'il apparaît que le sens de la décision est fixé dès avant le début de ces procédures et que celles-ci n'ont aucune chance de faire changer l'opinion de l'autorité administrative ? Equilibre délicat entre la censure du cynisme qui consisterait à ne suivre une procédure « que pour la forme » et la sauvegarde de la liberté d'appréciation de l'autorité administrative par-delà la participation d'autres agents à sa décision, souvent renforcée au nom d'une prétendue « démocratie administrative » (sur ce sujet, v. C. Testard, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, préf. S. Caudal, LGDJ, Bibl. de droit public, t. 304, 2018, 786 p.).

En annulant l'arrêté après l'avoir passé au crible de la jurisprudence *Danthony*, le Conseil d'Etat contribue au renforcement de la notion d'effet utile des procédures. En un temps où la sanction des irrégularités procédurales se réduit comme peau de chagrin, cela est remarquable, même si le cas d'espèce ne pouvait laisser aucun doute sur le sort de l'arrêté contesté - à moins de suivre le ministre dans l'« urgence » qu'il alléguait à signer cet arrêté, urgence bien relative, comme le rappelle le juge.

Cet arrêt illustre alors la difficulté à garantir l'effectivité des procédures, tout en rappelant que l'absence d'effet utile, lorsqu'elle est établie, s'inscrit aisément dans le cadre posé par la jurisprudence *Danthony*.



I - La délicate garantie de l'effet utile des procédures administratives








« Aucune formalité ne peut constituer le but de sa propre existence » (A. Calogeropoulos, *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, préf. G. Vedel, LGDJ, Bibl. de droit public, t. 145, 1983, p. 212) ; partant, son accomplissement purement formel ne peut être satisfaisant, dans la mesure où la procédure doit permettre de déterminer la substance de la décision prise à son terme. C'est pour cette raison que l'exigence d'effet utile est primordiale, bien qu'elle fasse l'objet d'une reconnaissance discrète, dans la mesure où elle se heurte à un problème central : celui de la preuve.

A. La reconnaissance discrète de l'exigence d'effectivité des procédures

La nécessité de sauvegarder l'effectivité des procédures est tellement évidente qu'elle n'a jamais été clairement affirmée - comment pourrait-elle l'être, on peut se le demander. C'est ainsi qu'elle n'apparaît qu'en négatif, au détour de cas d'espèces qui font apparaître un défaut dans la procédure suivie. C'est alors que le juge réagit en considérant que la procédure ne saurait être tenue pour régulière. Très tôt, le Conseil d'Etat considère implicitement qu'une enquête *de commodo et incommodo* doit avoir lieu « dans des conditions de publicité et de durée suffisantes », même en l'absence de dispositions précises quant à son déroulement (CE 13 févr. 1914, *Tissot, Varéon et autres*, Lebon 183 ; CE 6 juill. 1927, *Epoux Kissler*, Lebon 745).

D'une manière plus positive, le juge administratif a pu développer, dès le début du XX^e siècle, un courant jurisprudentiel visant à garantir aux administrés « un examen spécial et attentif » (L. Michoud, *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, in *Annales de l'université de Grenoble*, 1914, p. 19, spéc. p. 22), de nature à les protéger contre les décisions prises hâtivement et sans examen de l'opportunité de la mesure à prendre (v., not., CE 16 nov. 1928, *Foucher et autres*, D. 1929. III. 33, note M. Waline ; CE, ass., 24 juill. 1942, *Sieur Piron*, Lebon 233 ; S. 1943. III. 1, concl. Ségalat et note Mestre). Cette obligation constituait, pour Guy Isaac, le coeur du « principe d'effectivité » de la procédure administrative (*La procédure administrative non contentieuse*, préf. O. Dupeyrou, LGDJ, Bibl. de droit public, t. 79, 1968, p. 438).

Plus récemment, le juge administratif a introduit plus clairement la notion d'effectivité comme condition de la légalité d'une procédure, dans des contentieux très procéduralisés. Ainsi, en droit fiscal, le Conseil d'Etat considère que les garanties procédurales « doivent pouvoir être exercées par le contribuable dans des conditions ne conduisant pas à ce qu'elles soient privées d'effectivité » (CE 5 mai 2010, n° 308430, *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique c/ SCI Agora location*, Lebon  150 ; Dr. fisc. 2010, comm. 421, concl. P. Collin ; CE 6 juill. 2016, n° 393033, *Société Mistral informatique*, Lebon T. 709 ).

En matière de participation des administrés à l'élaboration des décisions administratives, c'est en droit de l'urbanisme que l'exigence d'effectivité de cette procédure a d'abord été affirmée. En effet, le juge a déduit des dispositions régissant la concertation préalable à l'élaboration ou la révision des documents d'urbanisme que celle-ci doit être organisée de manière à ce qu'aucune circonstance « n'ait pour effet de la priver d'effet utile » (CE 17 avr. 2013, n° 348311, *Commune de Ramatuelle*, Lebon T. 874  ; AJDA 2013. 823  ; et 1931 , note E. Carpentier  ; RDI 2013. 488, obs. P. Soler-Couteaux  ; AJCT 2013. 476, obs. J.-B. Sibileau ) , en n'hésitant pas à poser une obligation particulière, dès lors qu'elle est « indispensable à l'effectivité de l'expression du public » (CAA Versailles, 23 avr. 2015, n° 12VE02851, *Syndicat des copropriétaires de l'immeuble Tour CB20 - Les miroirs*). En conséquence, le juge administratif considère que les modalités de la concertation sont irrégulières si, « bien que formellement exécutées, elles l'ont été dans des conditions les privant de tout effet utile et n'ont, ainsi, pas permis d'associer réellement le public à l'élaboration du projet de plan local d'urbanisme » (TA Melun, 2 févr. 2018, n° 1309483, *Association Renard et Association d'environnement du Réveillon*, AJDA 2018. 956 ).

Pourquoi lier cette exigence d'effet utile au présent arrêt qui ne la mentionne pas ? Parce que le but du formalisme procédural, quelle que soit sa déclinaison, réside dans ce que la substance de la décision finale doit être déterminée

au cours de cette procédure. L'accomplissement « purement formel » d'une exigence procédurale se rapporte aux cas où la décision a été arrêtée avant même le début de la procédure, ou en dehors de celle-ci. On mesure la part d'illusion si on se rapporte au cas d'espèce : pouvait-on croire que le ministre de l'environnement de l'époque - dont les positions sur la chasse étaient assez claires - tiendrait compte de la participation citoyenne pour arrêter sa décision sur l'interdiction de chasser deux espèces en mauvais état de conservation ? Et ce d'autant que les « commentaires » dont il s'agit sont inévitablement très tranchés, voire véhéments, qu'ils soient émis en soutien à la mesure ou en opposition à celle-ci. Le ministre est, bien entendu, libre de s'écarter des opinions exprimées dans le cadre des procédures de participation ; mais il ne peut le faire qu'en laissant voir que les avis exprimés ont été « dûment pris en considération » : c'est ce que rappelle cet arrêt et qui fait clairement défaut en l'espèce.

On comprend alors que l'exigence d'effectivité pourrait s'étendre à tous les cas où la décision est prédéterminée et où la formalité procédurale n'est accomplie que dans le but de garantir la légalité de la décision. En effet, la garantie de l'effet utile des procédures répond à la nécessité de « la préservation de l'incertitude véritable quant à l'issue de la procédure » (N. Luhmann, *La légitimation par la procédure*, trad. L. Sosoe et S. Bouchard, Laval, Presses universitaires, 2001, p. 129), sans laquelle le formalisme n'est que lourdeur, puisqu'il ne peut que manquer sa fonction. La réalité est tout autre, puisque le défaut d'effectivité ainsi défini se heurte bien souvent à une preuve difficile à apporter.

B. La difficulté de la preuve de l'absence d'effet utile

Les promesses portées par le formalisme procédural, particulièrement dans une optique de « démocratie délibérative », sont très riches. On peut toutefois s'interroger sur leur réalisme : comment s'assurer que l'autorité administrative a été fidèle à l'état d'esprit indispensable à leur accomplissement ? Peut-on contraindre un administrateur à adopter une attitude ouverte aux avis exprimés par les administrés ou par des organes consultatifs ? Cela peut relever du mirage, ce qui explique la faible réaction de l'exigence d'effectivité dans la jurisprudence administrative, du fait d'un niveau probatoire particulièrement exigeant.



Tout d'abord, l'accomplissement des formalités laisse penser que la décision est « présumée bien rendue » (E. Laferrière, préc., p. 521). Il incombe alors au requérant de montrer que, nonobstant cette régularité apparente, la procédure a été privée d'effectivité de par ses modalités concrètes. Plutôt que de s'engager dans un contrôle d'éléments subjectifs, le juge préfère, comme dans le cas d'espèce, se rattacher autant que possible à des indices objectifs.

Ici, l'absence d'effectivité de la consultation du public apparaît très clairement : le délai de quatre jours entre la fin de la procédure et la décision (délai permettant, aux termes de la loi, « la prise en considération des observations et propositions déposées par le public et la rédaction d'une synthèse ») n'a pas été respecté. Le ministre a pris l'arrêt « dès le lendemain du jour de la clôture de la consultation » et « sans qu'ait été établie la synthèse », alors même que le juge relève l'abondance des avis laissés par le public, 7 780 commentaires au total. Cela ne peut que montrer que l'accomplissement de la consultation a été purement formel, rituel.

De la même manière, le juge pourra se concentrer sur d'autres éléments objectifs et concrets, tels que le niveau de publicité et d'information du public, pour conclure que « la très faible information du public [...] a conduit à une très faible participation », ce qui « n'a pas permis de donner un effet utile » à la concertation (TA Melun, 2 févr. 2018, *Association Renard*, préc.). Dans cette espèce, le juge mesure le défaut d'information et de publicité à l'aune de son résultat concret : une seule observation recueillie sur le registre de concertation, ce dont il faut déduire que le public n'a pas été réellement associé à la décision. L'exigence d'une information suffisante est également posée en matière de débat public, comme condition de son utilité (CE 11 janv. 2008, n° 292493, *Lesage, M^{me} De Bouard*, Lebon [1](#) ; AJDA 2008. 69 [1](#)), ainsi que dans le cadre des enquêtes publiques (CE 15 avr. 2016, n° 387475, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports*, Lebon [144](#) ; AJDA 2016. 749 [1](#) ; RFDA 2016. 519, note P. Bon [1](#)). Il en va de même lorsqu'une décision susceptible de déterminer le champ de la

concertation n'a pas été notifiée aux personnes associées à la procédure : la concertation s'en trouve privée d'effet utile (CAA Versailles, 11 mai 2015, n° 13VE00583, *Groupement foncier agricole des Gardes*).









Mais ce n'est que dans des cas très exceptionnels que le juge reconnaît l'irrégularité procédurale ; dans la majorité des espèces, il considère que les circonstances avancées par les requérants ne peuvent être regardées comme ayant privé d'effet utile la procédure en cause, ce qui illustre la difficulté de la preuve en la matière (v., entre autres, CE 17 avr. 2015, n° 370239, *Commune de Pierreville* ; CAA Nantes, 7 juin 2019, n° 18NT00167, *Commune de Saint-Jean-La-Rivière* ; CAA Lyon, 12 avr. 2018, n° 16LY04153, *Société Foncière du Crédit Mutuel SNC*).

Plus encore, le juge vérifie que la procédure a effectivement porté sur la décision à prendre. Dans le cas où le projet de décision a évolué et que la décision finale est substantiellement différente du projet qui avait été présenté au début de la procédure, le juge donnera son effet utile à la procédure en considérant que celle-ci doit être renouvelée (CE 29 janv. 2018, n° 412210, *Société Marineland, Lebon*  14 ; AJDA 2018. 191 ).

Du côté des éléments de preuve plus subjectifs, le juge prend parfois en compte l'état d'esprit et l'attitude de l'autorité administrative pour constater le défaut d'effectivité d'une procédure. Ainsi d'un recours à l'interlocuteur départemental en droit fiscal : cette garantie serait privée d'effet utile « si l'interlocuteur avait fait publiquement savoir qu'il ne tiendrait pas compte des arguments [...] que le contribuable serait susceptible de développer au cours de cette entrevue » (P. Collin, concl. sur CE 5 mai 2010, *SCI Agora location*, Dr. fisc. 2010, comm. 421). L'hypothèse est clairement transposable au cas d'espèce, mais le juge n'a pas à faire porter son contrôle aussi loin, dans la mesure où les carences du ministre sont telles que cet élément de preuve n'est pas nécessaire. Et on comprend qu'à défaut d'éléments objectifs, comme dans le cas d'espèce, le contrôle juridictionnel de l'effectivité d'une procédure se heurte à des obstacles probatoires quasiment infranchissables. Le juge répugne à s'engager dans des conjectures sur l'état d'esprit d'un décideur, et tente systématiquement de se raccrocher à un élément objectivant dans son comportement, tel qu'une prise de position publique.

Toujours est-il qu'une fois reconnu le défaut d'effectivité d'une procédure, l'application des principes posés par la jurisprudence *Danthony*, qui régle les conséquences des irrégularités procédurales, ne pose pas de difficultés.



II - La *Danthonysation* favorable à l'effet utile

Si le principal obstacle à la garantie de l'effet utile des procédures réside dans le problème de la preuve, le cadre posé par l'arrêt *Danthony* (CE, ass., 23 déc. 2011, n° 335033, *Lebon*  649 ; AJDA 2012. 195 , chron. X. Domino et A. Bretonneau  ; 1484, étude C. Mialot  ; et 1609, tribune B. Seiller  ; RFDA 2012. 284, concl. G. Dumortier  ; 296, note P. Cassia  ; et 423, étude R. Hostiou ) en matière de vices de procédure ne pose pas de difficultés supplémentaires. En effet, l'accomplissement purement formel d'une procédure, qui la prive d'effet utile, est de nature à constituer un vice de procédure entraînant l'illégalité de l'acte subséquent.

Dans notre affaire, où la consultation du public a été privée de tout effet utile, le Conseil d'Etat juge que « l'auteur de l'arrêté ne peut être regardé comme ayant pris en considération l'ensemble des commentaires exprimés par le public », ce qui constitue un vice de procédure. Or, cette irrégularité « a privé les personnes ayant participé à la consultation de la garantie de voir leur avis dûment pris en considération », ce qui justifie l'annulation de la décision, au sens de la jurisprudence *Danthony*. Le Conseil d'Etat avait déjà jugé que le principe de participation en droit de l'environnement était à ranger dans le champ des garanties dont les administrés ne sauraient être privés (CE 29 janv. 2018, *Société Marineland*, préc.). Dès lors que la procédure privée d'effectivité constitue, pour ses destinataires, une garantie, le contrôle juridictionnel s'avère très protecteur, puisque l'annulation sera systématique.

En dehors du champ des garanties, qui permet de « sanctuariser » (C. Broyelle, L'impact du vice de procédure sur la légalité de l'acte administratif, JCP Adm. 2012, comm. 2089) certaines formalités, la situation ne diffère pas. En effet, on sait que dans ce cas, le juge doit se demander si le vice de procédure « a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision ». Il s'agit là d'un contrôle concret de l'influence potentielle - et

non réelle - du vice sur la décision finale. Lorsqu'une procédure, sans constituer une garantie - comme la plupart des procédures consultatives -, a été privée d'effectivité, on voit mal comment le juge pourrait ne pas conclure à l'influence sur le sens de la décision. Ainsi, dans l'affaire *Marineland*, la consultation de deux conseils, bien qu'elle ait formellement eu lieu, a été privée d'effectivité en ce que ces organismes n'ont pas été mis à même d'exprimer leur avis sur l'ensemble des questions ; le juge en conclut que l'irrégularité a pu influencer le sens de la décision, ce qui doit conduire à l'annulation de l'arrêté pris au terme de cette procédure (il n'en va pas différemment lorsque le public a été insuffisamment informé dans le cadre d'une enquête publique, v. CE 15 avr. 2016, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports*, préc.).

On comprend alors qu'une procédure privée d'effet utile équivaut à une absence de procédure, automatiquement sanctionnée par le juge administratif (sur l'omission de consultation, v. CE 22 déc. 2017, n° 400669, Lebon T. 438  ; AJDA 2018. 776 ). Le filtre de la jurisprudence *Danthony* est ici favorable à l'effectivité des procédures.

Il faut toutefois relever que l'invocabilité de cette irrégularité procédurale, fût-elle aussi grave, peut être neutralisée, soit par la loi (v., en droit de l'urbanisme, l'art. L. 600-1 du code de l'urbanisme, atténué pour ce qui concerne la concertation : CAA Nancy, 13 mars 2014, n° 13NC00997, *M. B.*), soit par la jurisprudence (CE, ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, préc.).

De plus, la loi peut elle-même prévoir la possibilité de restreindre l'effectivité d'une procédure, voire son existence, comme en l'espèce. En effet, le ministre soutient, en défense, que sa précipitation à signer l'arrêté était justifiée par l'urgence à suspendre la chasse des deux espèces, du fait de l'ouverture imminente de la période de chasse. Le code de l'environnement permet effectivement de ne pas organiser la procédure de participation du public, ou d'en adapter les délais en les raccourcissant, en cas d'« urgence justifiée par la protection de l'environnement, de la santé publique ou de l'ordre public ». Le juge ne suit pas le ministre dans cette justification, puisque le retard dans la prise de la décision lui est entièrement imputable et que les quelques jours de délai rognés sur la consultation publique n'ont que peu d'impact au regard des périodes en cause.

En dehors de ces hypothèses, le juge est en mesure de donner son plein effet à toute procédure en sanctionnant son défaut d'effectivité. Cette notion d'effet utile mériterait alors d'être consolidée et étendue à toutes les procédures, car son bilan est, pour l'heure, bien maigre, surtout au regard des enjeux qu'elle porte.

Doc.n°4: - Conseil d'Etat, ass., 18 mai 2018, Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT

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'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.

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.

Doc. n° 4 bis : - DE BECHILLON, Denys, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires - Contre », RFDA, 2018, p. 662

La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires - Contre (1)

Conseil d'État, assemblée, 18 mai 2018, Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT, n° 414583, Lebon; AJDA 2018. 1009; ibid. 1206, chron. S. Roussel et Charline Nicolas

Denys de Béchillon, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

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 ficher 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 « Alitaliesque » 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(5). De fait, il a renoncé à considérer les 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.

Doc. n° 4 ter - DEVOLVE, Pierre «La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires - Des arguments pour ?», RFDA, 2016, p. 665.

La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires - Des arguments pour ?(1)

Conseil d'État, assemblée, 18 mai 2018, Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT, n° 414583

Pierre Delvolvé, Membre de l'Institut, professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Les réactions à l'arrêt Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT du 18 mai 2018 sont si négatives même lorsqu'elles sont exprimées sans agressivité, comme celle de

Denys de Béchillon, qu'il est difficile d'essayer de lui trouver une justification : comment admettre que les vices de forme et de procédure d'un acte réglementaire ne puissent plus être invoqués à l'expiration du délai du recours pour excès de pouvoir alors qu'il est de principe que l'illégalité d'un tel acte peut toujours être invoquée à l'occasion de son application (24 janvier 1902, Avézard ; 29 mai 1908, Poulin) ou pour en demander l'abrogation (3 février 1989, Alitalia) ?

L'objection principale est d'ordre pratique : les intéressés ne se rendent compte le plus souvent de l'existence d'un acte réglementaire que lorsqu'il leur est appliqué ; c'est seulement alors qu'ils peuvent examiner sa légalité, dans tous ses éléments, externes comme internes. En ne leur permettant plus, à l'expiration du délai de recours pour excès de pouvoir contre cet acte, d'en contester les vices de forme et de procédure, il restreint la garantie des droits assurée jusqu'alors et la portée du principe de légalité, « le plus important de notre droit public ». Bien plus, alors que l'administration, se rendant compte spontanément de l'illégalité de l'acte réglementaire adopté, ne doit pas l'appliquer (Sect., 14 novembre 1958, Ponard, elle reste désormais tenue de le faire si l'illégalité tient à un vice de forme ou de procédure.

La critique se déplace sur le terrain juridique et juridictionnel. Toute la jurisprudence avait évolué dans le sens d'un renforcement du contrôle du juge et d'un affinement de l'appréciation de la légalité. Le Conseil d'État lui apporte un coup d'arrêt. À cette contradiction générale s'ajoutent deux incohérences particulières.

L'une est d'ordre procédural. À l'expiration du délai de recours contre l'acte réglementaire, ses vices de forme et de procédure « ne peuvent plus être utilement invoqués ». Selon les conclusions de Mme Bretonneau, le Conseil d'État a voulu désigner l'inopérance, qui atteint les moyens insusceptibles d'exercer une influence sur la solution d'un litige. Or, s'il n'admet pas qu'à l'expiration du délai de recours les vices de forme et de procédure puissent être invoqués, c'est précisément en raison de l'expiration de ce délai. Normalement l'expiration du délai de recours rend irrecevable le recours ; dans la logique de l'arrêt, c'est l'irrecevabilité qui s'oppose aux moyens de vices de forme et de procédure. En se prononçant dans le sens de l'inopérance, pour ces moyens comme pour d'autres, le Conseil d'État évite d'avoir à soulever d'office le moyen et d'en informer les parties avant de statuer. Ce n'est pas ni très élégant à l'égard des parties ni très conforme au dispositif qui a fini par encadrer les moyens soulevés d'office (art. R. 611-7 du code de justice administrative).

Plus importante est une seconde incohérence, qui apparaît, elle, par rapport à la jurisprudence Danthony (23 décembre 2011). En y introduisant une formule qui ne figurait pas dans la loi, le Conseil d'État a mis en évidence l'importance des procédures administratives préalables constituant pour les intéressés une garantie : on ne peut se retrancher derrière l'absence d'effet du vice dont elles peuvent être atteintes pour admettre la légalité de la décision qui s'en est suivie ; en soi ce vice suffit à entacher cette décision d'illégalité. Or l'arrêt du 18 mai 2018 empêche que la garantie jugée essentielle en 2011 puisse être sanctionnée après l'expiration du délai du recours pour excès de pouvoir.

On peut rapprocher cette contradiction de celle qui entache la solution concernant le défaut de consultation du Conseil d'État lorsqu'elle est obligatoire. Si le Conseil d'État a heureusement abandonné la formule selon laquelle il exerçait une compétence conjointement avec le gouvernement (11 juillet 2007, Union syndicale des magistrats administratifs), il n'en continue pas moins, lorsqu'il est saisi d'un recours, à soulever d'office, comme moyen d'ordre public, ce défaut de consultation : il exerce ce pouvoir bien après que le délai de recours est expiré (7 juillet 2013, Syndicat national des professionnels de santé au travail). Or, avec l'arrêt du 18 mai 2018, ce même moyen ne peut plus être invoqué, ni par le requérant ni par le Conseil d'État lui-même, à l'occasion d'un recours mettant en cause la légalité d'un acte réglementaire après l'expiration du délai de recours contre lui : le point 5 le dit expressément.

Ces observations emportent-elles condamnation de l'arrêt ? Elles peuvent être contrebalancées par d'autres.

La première porte sur le point 2, dont la rédaction est une belle formulation, non seulement du « contrôle exercé par le juge administratif sur un acte qui présente un caractère réglementaire », mais aussi des différentes composantes de la légalité d'un tel acte (et même de tous les actes) : « 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 ». On aurait pu aller plus loin en désignant l'erreur de droit, le champ d'application de la loi et, plus généralement, le respect des normes constitutionnelles, internationales, législatives, auxquelles tout acte administratif est soumis (la violation de la loi, au sens large). Mais, telle quelle, la phrase met en évidence deux sortes d'aspects : un aspect interne, tenant au contenu de l'acte (les règles édictées) et des aspects externes, tenant aux conditions de son édicition (la compétence, la forme et la procédure, le but). Si le détournement de pouvoir est classiquement exposé au titre de la légalité interne, il s'en dissocie en ce qu'il se rapporte, non au contenu de l'acte, mais aux intentions de son adoption (ce qui le rapproche des conditions d'édiction de l'acte).

Cette formulation amène à reconsidérer les conditions de présentation de la légalité ; d'une part, si le principe de légalité est un, la légalité n'est pas une ; d'autre part, la légalité ne se décompose pas exactement en légalité externe et légalité interne ; elle comporte des éléments portant sur l'édiction de l'acte (compétence, forme et procédure, but), d'autres sur son contenu (fondement, dispositif).

Si l'on rapproche ces distinctions du sort contentieux que leur donne l'arrêt Fédération CFDT, on constate que l'essentiel est sauf : dans le cadre du recours pour excès de pouvoir contre un acte réglementaire, tous les chefs d'illégalité peuvent être soulevés ; dans le cadre des recours ultérieurs (exception d'illégalité, demande d'abrogation), subsiste l'essentiel (compétence, détournement de pouvoir, contenu), seuls « sautent » les vices de forme et de procédure.

La solution se rapproche et aussi se distingue de la jurisprudence Intercopie (Sect., 20 février 1953) qui, rendue à propos du recours en cassation, s'applique tout autant au recours pour excès de pouvoir. C'est elle qui a distingué légalité externe et légalité interne en rendant

irrecevables à l'expiration du délai de recours des moyens qui ne se rattacheraient pas au type de légalité invoqué dans le délai. Ainsi, déjà, au titre de cette jurisprudence, un requérant qui n'aurait invoqué dans le délai de recours que des moyens de légalité interne, ne peut invoquer à l'expiration du délai, des moyens de légalité externe tenant à un vice de forme ou de procédure (par exemple, 12 février 1958, Valade ; 21 novembre 1962, Faure ; Ass., 13 juillet 1965, Gauthier). L'arrêt Fédération CFDT ne fait qu'appliquer à l'exception d'illégalité et à la demande d'abrogation ce qui est acquis depuis 65 ans, et qui n'est pas critiqué.

Il réserve de la légalité externe ce que réservait l'arrêt Intercopie : il est toujours possible à l'expiration du délai de recours, tant lorsque le recours direct a été intenté que lorsqu'il ne l'a pas été, d'invoquer le vice d'incompétence - le vice le plus radical, qui porte sur le socle de la légalité.

Bien plus, l'arrêt de 2018 réserve ce que ne réservait pas l'arrêt de 1953 : le détournement de pouvoir. Rattaché à la légalité interne, il ne peut, selon celui-ci, être invoqué après l'expiration du délai de recours si les moyens initiaux ne se rapportent qu'à la légalité externe. L'arrêt nouveau admet expressément qu'à l'occasion d'une exception d'illégalité ou d'une demande d'abrogation puisse être invoqué contre l'acte réglementaire qui en fait l'objet le détournement de pouvoir dont il est entaché.

Cela doit avoir deux conséquences : d'une part, comme on l'a fait plus faut, présenter différemment les composantes de la légalité, en n'opposant plus systématiquement légalité externe et légalité interne ; d'autre part, ajuster la jurisprudence Intercopie en admettant après l'expiration du délai de recours la recevabilité du moyen tiré du détournement de pouvoir alors même que le recours initial n'invoquait que des moyens de légalité externe.

L'arrêt Fédération CFDT doit conduire même à aller plus loin en revenant complètement sur la solution Intercopie : puisqu'à l'occasion d'une exception d'illégalité ou d'une demande d'abrogation d'un acte réglementaire présentée après l'expiration du délai du recours pour excès de pouvoir contre cet acte, peuvent toujours être invoqués des chefs d'illégalité portant sur le contenu de l'acte, il faut admettre qu'un requérant n'ayant pas mentionné dans son recours des vices tenant au contenu de l'acte, puisse le faire au-delà du délai de recours. Ainsi l'arrêt, au lieu de restreindre le droit au recours, pourra conduire indirectement à l'accroître.

Il ne s'agit que d'une perspective, qui ne suffit pas à justifier en soi la solution qu'il adopte.

Celle-ci est essentiellement fondée, comme l'a établi Mme Bretonneau, sur la recherche à la fois de la stabilité et de la sécurité juridiques et de l'adéquation du contrôle de légalité aux réalités.

Ce n'est pas une nouveauté. La jurisprudence, si ardente qu'elle ait été à vouloir garantir la légalité, n'a jamais été insensible à la nécessité de ne pas perturber inconsidérément l'ordre juridique.

Elle a ainsi été conduite, pour les actes individuels, à encadrer dans un régime assez strict les possibilités du retrait et de l'abrogation (de Dame Cachet à Ternon). Si les solutions ont pu être contestées, c'est moins au titre d'une restriction du droit au recours que des subtilités des conditions formulées. On peut citer aussi, sauvant l'acte attaqué, la substitution de sa base légale (Sect., 3 décembre 2003, El Bahi) et celle de ses motifs (Sect., 6 février 2004, Hallal) - ce qui pourrait s'appliquer d'ailleurs aux actes réglementaires.

Pour eux, stabilité et sécurité ont surtout conduit à l'exigence de mesures transitoires retardant l'application soit d'une nouvelle réglementation (Ass., 24 mars 2006, KPMG) soit de son annulation (Ass., 11 mai 2004, AC !). Si elles protègent plutôt les administrés dans le premier cas, l'administration dans le second, l'effet peut aller dans le sens inverse.

En lien avec la législation, ont été aussi admises des possibilités de régularisation en cours d'instance (Sect., 22 décembre 2017, Sempy) ou après l'instance (Sect., 1er juillet 2016, Merainville).

On peut établir un parallèle avec la jurisprudence relative au contentieux des contrats, qui a neutralisé les effets excessifs d'une appréciation stricte de la légalité. Déjà, lorsqu'était ouvert le recours pour excès de pouvoir contre les actes préalables à la conclusion d'un contrat, il a été admis que leur annulation n'impose pas nécessairement la remise en cause du contrat, compte tenu des possibilités de régularisation ou des impératifs d'intérêt général (21 février 2011, Ophrys : 29 décembre 2014, Uchaux). Dans le contentieux contractuel entre parties, il appartient au juge d'apprécier la gravité des irrégularités commises et les mêmes impératifs pour déterminer s'il faut ou non écarter les mesures contestées (Béziers, Ass., 28 décembre 2009 et Sect., 21 mars 2011). Avec le nouveau recours de plein contentieux des tiers contre les contrats administratifs, les vices entachant la conclusion du contrat n'entraînent pas nécessairement son invalidité (Ass., 4 avril 2014, Tarn-et-Garonne). De plus, dans le plein contentieux spécial des redevances des associations syndicales de propriétaires, le Conseil d'État a déjà jugé que l'exception d'illégalité contre la délibération syndicale les arrêtant ne peut, « eu égard à l'importance qui s'attache à la préservation de la sécurité juridique des bases de répartition des dépenses », être soulevée que dans les deux mois suivant la réception du premier titre exécutoire, délai dans lequel est enfermé le recours contre le titre exécutoire lui-même (CE, 15 avril 2016, Léonard (2)).

Ces assouplissements de la rigueur de la légalité n'ont pas provoqué de clameurs. Ils ont plutôt été approuvés comme des ajustements assurant un juste équilibre entre légalité et sécurité, entre droit et réalisme.

On pourra dire qu'ils ne se situent pas sur le même plan que l'arrêt CFDT, soit qu'ils se limitent à quelques aspects du recours contre les actes unilatéraux soit qu'ils se rapportent à des contentieux différents. Il n'en reste pas moins que, d'un point de vue général, ils ont 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.

L'arrêt du 18 mai va dans le même sens : passé le délai de recours, il ne permet plus d'invoquer des vices de forme et de procédure contre un acte réglementaire ; mais l'essentiel est sauf : peuvent toujours être invoqués les vices majeurs que sont l'incompétence, le détournement de pouvoir et la violation de toutes les normes de fond. Ils peuvent à tout moment conduire à faire écarter l'application de l'acte ou en obtenir l'abrogation.

Il reste une faille : celle des vices de procédure se rapportant aux garanties dont la jurisprudence Danthony a voulu assurer le maintien en passant outre le silence du législateur. Il fallait aussi en assurer le maintien, comme celui de l'incompétence, dans les vices de légalité externe pouvant encore être invoqués à l'expiration du délai de recours. L'arrêt nouveau aurait été cohérent avec les arrêts précédents. Il aurait reconnu une hiérarchie entre les vices de forme et de procédure, n'écartant que ceux qui sont mineurs et que le temps peut faire oublier, et réservant les plus importants. En ne le faisant pas, c'est une double garantie qui est affectée : celle que constitue la procédure en cause, celle qu'assure le droit au recours. L'arrêt oublie que « la procédure est la soeur jumelle de la liberté ».

Soustraire certaines procédures au nouveau régime limitant pour les actes réglementaires l'exception d'illégalité et la demande d'abrogation eût certes introduit une subtilité, voire une complication, alors qu'était recherchée une simplification. Mais l'arrêt n'aurait pas suscité la même émotion. Un réajustement pourrait être réalisé par de nouveaux arrêts mais il est difficile de changer de pied lorsque la marche est lancée.

Il faudra pourtant retrouver une ligne de jurisprudence qui établisse des solutions claires et nettes. Des notions trop vagues telles que celles de sécurité juridique ou de droits subjectifs aboutissent à des solutions erratiques.

La décision du 18 mai 2018, Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT apparaît comme un coup d'éclat autant que comme un coup d'arrêt. Par les réserves qu'elle suscite, elle a gâché une sortie de scène.