

Titre 2

Le recours pour excès de pouvoir

Le recours pour excès de pouvoir est fondé sur le principe de légalité.

- Dans l'arrêt Dame Lamotte du 17 février 1950, l'Assemblée du Conseil d'Etat a jugé que le recours pour excès de pouvoir « a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le principe de légalité. »
- Le recours pour excès de pouvoir n'est ainsi rien d'autre que l'aspect procédural du principe de légalité.
- En conséquence, le Conseil d'Etat a dégagé le principe général du droit selon lequel « tout acte administratif est susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir » a été consacré par l'arrêt Dame Lamotte en 1950 (Grands arrêts n°71)
- Il résulte de ce principe que le gouvernement ne peut pas utiliser son pouvoir réglementaire pour tenter même par voie d'ordonnance de soustraire certains de ses actes au contrôle du juge administratif.

L'affaire Dame Lamotte marque de manière très symptomatique l'attachement du Conseil d'Etat au recours pour excès de pouvoir qui se voit reconnaître un statut « quasi constitutionnel »

En l'espèce, la requérante contestait devant le juge administratif la décision du préfet de l'Ain qui sur le fondement d'une loi du 27 août 1940 avait concédé à un nouvel exploitant des terres agricoles non cultivées appartenant à la requérante. Dans un arrêt précédent, le Conseil d'Etat avait déjà annulé une décision préfectorale analogue. Une loi du gouvernement de Vichy était cependant intervenue pour préciser que « l'octroi de la concession ne peut faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire ». Fort de cette nouvelle immunité, le préfet avait donc réitéré la décision annulée. Aux termes d'une interprétation neutralisante de la loi, le Conseil d'Etat va considérer que ce texte n'a pas pu avoir pour effet d'exclure un recours destiné « à assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect du principe de légalité ».

L'instrumentalisation du recours pour excès de pouvoir au service de la légalité autorise ainsi le juge administratif à méconnaître l'intention du législateur.

L'exclusion des « recours administratif » opposés par la loi aux recours judiciaires visait à l'évidence en l'espèce tous les recours portés devant les juridictions administratives et comprenait donc le recours pour excès de pouvoir. Dès lors, on peut se demander si, en l'espèce, le Conseil d'Etat n'est pas sorti de son rôle de serviteur de la loi ? En fait, dans l'arrêt Dame Lamotte, le juge administratif ignore la loi pour mieux servir la légalité. N'est ce pas défendre le principe de la Loi que de rester sourd à la volonté d'un législateur qui viserait à permettre la violation de ses propres textes ?

Le statut constitutionnel du recours pour excès de pouvoir issu de la jurisprudence Dame Lamotte trouve aujourd'hui de nouveaux relais avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel

En 1987, le Conseil constitutionnel a ainsi fait de la compétence du juge administratif en matière d'annulation (et de réformation) des actes du pouvoir exécutif un principe fondamental reconnu par les lois de la République (Conseil Constitutionnel, n°86-224 DC du 23 janvier 1987, *GDCC*).

De sorte que le contentieux de la légalité ne peut être transféré au JJ. Il est ainsi la quintessence du contentieux administratif. Sa justification ultime

Ensuite, le CC a sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de 1789 relatif à la « garantie des droits » a dégagé le droit des particuliers à un recours devant les juridictions administratives

(Notamment Conseil constitutionnel 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*).

- La protection constitutionnelle du droit au recours assurée par le Conseil constitutionnel en modifie cependant la nature
- D'abord, elle assure la promotion du droit au recours dans la hiérarchie des normes y compris contre l'intervention du législateur.

- Cependant la jurisprudence constitutionnelle admet que certaines atteintes puissent être apportées à l'exercice du droit de recours (Conseil constitutionnel 21 janvier 1994, réforme du contentieux de l'urbanisme)
- à propos des limitations à la possibilité de soulever une exception d'illégalité fondée sur une irrégularité de procédure à l'encontre des documents d'urbanisme),
- Mais ces restrictions doivent rester limitées.
- Le Conseil constitutionnel prohibe ainsi les atteintes substantielles au droit de recours : dans sa décision du 9 avril 1996, le Conseil constitutionnel a invalidé un texte de loi qui visait à interdire à l'expiration d'un délai de quatre mois tout recours contre les actes de l'Assemblée territoriale de Polynésie contraires à la répartition des compétences entre l'Etat, le territoire et les communes (Conseil constitutionnel, 9 avril 1996 Statut de la Polynésie)

On notera une sorte de subjectivisation du contentieux de l'excès de pouvoir ; C'est désormais davantage le droit des justiciables à un recours qui est consacré que la protection du principe de légalité.

- Le Conseil constitutionnel s'appuie sur « la garantie des droits » inscrite à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 pour reconnaître « le droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction »
- On assiste ainsi à une sorte de subjectivisation des fondements du droit au recours dans le contentieux administratif : le fondement de ce droit n'est plus la défense du principe de légalité mais bien la garantie des droits du requérant.
- Cette approche se retrouve dans les jurisprudences des cours européennes qui protègent le droit de recours individuel : (Cour EDH 19 mars 1997 *Hornsby c/Grèce* sur le fondement de l'article 6 §1) et également la CJUE (Arrêt *Marguerite Johnston* du 15 mai 1986 qui fait du « droit à la protection juridictionnelle » « un principe général du droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres » (aff. 222/84, Rec. I., p. 1663, conclusions Darmon).

La perception du recours pour excès de pouvoir ne peut que s'en trouver modifiée.

- Voir plus loin et en ce sens l'évolution des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir à la suite de la loi du 8 février 1995
- En tout état de cause, la jurisprudence administrative a pris acte de la diversification des sources du droit de recours :

Ainsi dans l'**arrêt du 19 juillet 1998 *Syndicat des avocats de France***, c'est au regard du principe à valeur constitutionnelle du droit d'exercer un recours juridictionnel et du droit d'accès à un juge consacré par l'article 6 de la convention européenne que le Conseil d'Etat admet la légalité d'une disposition du Code des tribunaux administratifs et des cours d'appel qui oblige le requérant dont la demande de sursis à exécution a été rejeté pour absence de moyen sérieux à confirmer dans les deux mois son recours en annulation (Rec. p. 313, conclusions R. Schwartz, AJDA 1998, p. 1010).

En raison de sa fonction (au service de la légalité), le recours pour excès de pouvoir occupe une place centrale dans notre contentieux administratif.

- C'est le recours pour excès de pouvoir le plus célèbre du contentieux administratif. André de Laubadère y voyait « l'orgueil de notre droit administratif » (Pages de doctrine, LGDJ, 1980, t.2, p. 176)
- Déjà en 1929, Gaston Jèze estimait que le recours pour excès de pouvoir est « la plus merveilleuse création des juristes, l'arme la plus efficace, la plus économique et la plus pratique qui existe au monde pour défendre la liberté » (G. Jèze, Rapport à l'institut international de droit public, Annuaire 1929, p. 180).

S'il en est ainsi c'est en raison :

- d'abord de l'originalité du recours pour excès de pouvoir ;
- ensuite de l'inventivité des techniques de contrôle développées par le juge administratif (Leçon 6)

Chapitre 1

L'originalité du recours pour excès de pouvoir

Le recours pour excès de pouvoir ne présente pas tous les caractères classiques de l'action en justice telle notamment que peut la définir le Code de procédure civile.

- A l'intérieur même de la justice administrative, le recours pour excès de pouvoir s'oppose - au *recours de pleine juridiction*, qui est une voie de droit plus "ordinaire" Léon Duguit, c'est à dire d'inspiration plus franchement judiciaire et donc davantage modelé d'après les actions ouvertes devant les tribunaux civils.

C'est du contentieux de la pleine juridiction encore appelé "contentieux des droits" que relèvent notamment les actions en responsabilité dirigées contre l'administration ou encore le contentieux des contrats administratifs. Administration et particuliers s'y affrontent sur la réalisation d'obligations juridiques dans un esprit identique à celui qui prévaut devant les juridictions judiciaires dans les conflits entre particuliers.

En droit administratif, il existe ainsi deux manières de caractériser le recours pour excès de pouvoir.

L'une emprunte à la classification d'Edouard Laferrière selon les pouvoirs du juge : le recours pour excès de pouvoir est un recours en annulation. Ce critère permet ainsi de l'opposer au recours de pleine juridiction où le juge dispose des pouvoirs les plus larges pour vider le litige.

L'autre doit beaucoup à Duguit : le recours pour excès de pouvoir ressort du contentieux objectif. Le juge de l'excès de pouvoir se borne à rechercher si la loi n'a pas été violée; et dans l'affirmative, il prononce l'annulation de l'acte. L'annulation n'est ainsi que la conséquence du caractère objectif du recours.

L'originalité du recours pour excès de pouvoir tiendrait ainsi à la nature des questions discutées devant le juge, aux moyens et aux conclusions soulevées par le requérant, au pouvoir réduit détenu par le juge.

Section 1. Le REP, recours en annulation

Le recours pour excès de pouvoir permet d'obtenir l'annulation d'un acte administratif entaché d'illégalité.

Les pouvoirs ainsi reconnus au juge de l'excès de pouvoir en explique les caractéristiques principales.

- C'est un recours objectif, en ce sens que le REP soulève devant le juge uniquement des questions de droit objectif c'est-à-dire qu'il est fondé sur la contrariété de l'acte attaqué avec les règles de droit supérieures. En ce sens le contentieux de l'excès de pouvoir permet de faire abstraction de tout rapport de droit subjectif. Le recours est ainsi ouvert dans des conditions qui devant tout autre juge n'autoriseraient pas le succès de l'action en justice.
- Pour être dominante, la dimension objective du REP n'est pas exclusive : parce qu'il est introduit par un requérant dont la situation personnelle interfère nécessairement, le REP connaît une tendance à la subjectivisation qui ne fait que se renforcer

§.1 Le REP, recours objectif

En exerçant un REP, le requérant ne vient pas réclamer le rétablissement de ses droits mais seulement dénoncer la méconnaissance par l'administration des règles de droit auxquelles elle est soumise.

Concrètement, l'administré est ainsi autorisé à attaquer directement une acte juridique et se trouve donc habilité à saisir un juge non pour obtenir l'amélioration de sa propre situation mais pour veiller au respect de la légalité

Un peu à la manière de l'action publique organisée devant le juge pénal, le requérant en excès de pouvoir est une sorte d'agent du ministère public qui vient combattre devant le juge administratif pour s'assurer de la

répression des illégalités commises par l'administration ou encore comme l'écrivait Léon Duguit "pour collaborer à la protection de la légalité ».

Dès lors, si le requérant peut profiter du recours et tirer avantage de la décision du juge de l'excès de pouvoir, ce n'est jamais directement mais seulement « par ricochet » et seulement dans les cas (quand même nombreux) où l'acte à l'origine de la violation de loi est susceptible d'agir sur sa situation subjective.

Ainsi un voisin qui attaque un permis de construire illégal trouvera évidemment avantage à l'annulation prononcée par le juge. Mais ce n'est pas toutefois parce que la construction fait subir des nuisances au voisin que le juge annulera le permis mais seulement parce que le permis méconnaît les règles d'occupation des sols.

Ce caractère objectif explique que le REP joue dans la jurisprudence administrative à l'égard de l'administration une fonction spécifique :

- une fonction régulatrice d'ordre quasi disciplinaire visant à soumettre l'ensemble des autorités exécutives au contrôle du CE afin qu'il s'assure du respect de la légalité,
- une fonction longtemps conçue comme distincte de la protection des droits des administrés.

A Un recours contre un acte

Devant le juge de l'excès de pouvoir, l'illégalité de l'acte va ainsi être invoquée à titre principal en vue d'en obtenir l'annulation.

- Selon le mot de Laferrière, le procès est fait à l'acte et non à l'administration

Cette possibilité de contestation directe contraste avec les pouvoirs du juge -administratif comme judiciaire- dans les autres contentieux intéressant l'administration.

La question de l'illégalité d'une décision administrative n'y sera invoquée que de manière incidente « à titre d'argument ». C'est seulement par voie d'exception et non d'action que la légalité d'un acte administratif pourra être mise en cause.

- La technique de l'exception d'illégalité est notamment pratiquée dans le contentieux de la responsabilité :
 - L'illégalité d'une décision administrative peut y être utilement invoquée à l'appui d'un recours indemnitaire pour établir la faute de l'administration. Pareillement, l'invalidité du contrat pourra être obtenue par le cocontractant de l'administration s'appuyant sur l'illégalité de la décision autorisant la conclusion du contrat.
 - L'illégalité d'une décision administrative pourra encore être invoquée en défense, par exemple devant les tribunaux répressifs, pour s'opposer à des poursuites fondées sur un règlement illégal.

Dans tous les cas; la constatation par le juge de l'illégalité de l'acte administratif n'entraînera pas son annulation, le juge n'en a pas le pouvoir, il se bornera à ne pas en faire application dans l'affaire. Mais l'acte illégal lui sera maintenu en vigueur.

- Voir toutefois la question des effets d'une déclaration d'illégalité sur les actes subséquents.

B. La fonction de contrôle de l'administration par le juge de l'excès de pouvoir.

Le caractère objectif du contentieux de l'excès de pouvoir explique que le recours soit largement ouvert non seulement contre les actes réglementaires de l'administration mais aussi contre l'ensemble des actes de l'administration qui se trouvent ainsi placés sous la surveillance généralisée du Conseil d'Etat

1. La fonction normative du contentieux de l'excès de pouvoir : l'ouverture du recours contre les actes réglementaires.

- La conséquence la plus immédiate et aussi la plus remarquable du caractère objectif du recours est que le REP est ouvert contre les actes réglementaires.

- On rappellera que l'acte réglementaire est une norme qui contient des règles générales et impersonnelles applicables à l'ensemble des administrés ou à des catégories déterminées d'entre eux
- En cas de recours contre un acte réglementaire, il s'agira pour le juge de confronter deux normes générales (l'acte réglementaire à la règle supérieure). La discussion juridique est strictement objective : à aucun moment la situation du requérant n'interfère.
- A comparer avec le droit allemand où le recours en annulation est ouvert si un droit subjectif est atteint donc uniquement contre les actes individuels
- En droit français, un simple intérêt lésé suffit à saisir le juge de l'excès de pouvoir et donc à placer la discussion contentieuse sur un terrain strictement objectif (voir plus loin).
- Le contentieux des actes réglementaires connaît plusieurs configurations devant le juge de l'excès de pouvoir
- Le recours direct contre l'acte réglementaire dont on demande l'annulation
- L'exception d'illégalité soulevée contre un acte réglementaire dans le cadre d'un recours contre un acte qui en fait application.
- Cette faculté n'est pas propre au contentieux de l'excès de pouvoir.
- Il est toujours possible y compris devant le juge judiciaire de soulever l'illégalité d'un acte réglementaire servant de cadre au litige.
- Le recours contre le refus de l'autorité compétente d'abroger un acte réglementaire illégal (CE 2 février 1989 Cie Alitalia)
- Cette possibilité ouvre une faculté de contestation perpétuelle des actes réglementaires illégaux devant le juge de l'excès de pouvoir (Voir Semestre 1)

2) La fonction disciplinaire du contentieux de l'excès de pouvoir

Dès lors qu'un acte administratif produit des effets juridiques, l'acte faisant alors (selon le vocabulaire consacré) grief, il est susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Le Conseil d'Etat interprète très largement la compétence du juge de l'excès de pouvoir de manière à soumettre à son contrôle non seulement toutes les actes des autorités et organismes investies de prérogatives de puissance publique mais également leurs prises de positions

a) Le contrôle de l'ensemble des autorités et organismes investi

Peu d'actes échappent au contrôle du juge de l'excès de pouvoir.

- Ceux qui n'ont pas d'effets décisifs
 - Ce qui exclut que de simple avis, des vœux ou des orientations générales telles les circulaires interprétatives voir les lignes directrices
 - Ce qui soulève la question très difficile de la distinction entre les actes décisifs et les actes non décisifs (voir l'arrêt CE 2002 Madame Duvignères)

Le juge de l'excès de pouvoir a ainsi vocation à connaître l'ensemble des décisions de l'administration en vue de s'assurer de leur conformité aux règles supérieures.

- Ce faisant, le juge de l'excès exerce une sorte de police de la régularité de l'action administration, qui lui permet de dire à l'administration ce que les textes lui permettent ou ne lui permettent pas de faire.
- Certains auteurs y vont vu une fonction disciplinaire faisant du CE le supérieur hiérarchique de l'administration

Cette fonction de surveillance de l'action publique se veut globale. Elle concerne ainsi

- Les décisions individuelles qui font grief à leur destinataire et parfois à des tiers
- Mais aussi
 - Les actes réglementaires (CE 1907 Compagnie des chemins de fer de l'Est / CE 1959 Syndicat national des ingénieurs conseils)
 - On sait que le CE a écarté la théorie de la législation déléguée qui s'opposait au contrôle du juge de l'excès de pouvoir

- Ou encore les actes des organismes de droit privé en charge d'une mission de service public pris dans l'exercice de prérogatives de puissance publique (CE 1942 Monpeurt)
 - C'est précisément la volonté du juge de contrôler l'activité de ce type d'organisme qui explique l'élargissement du critère organique de l'acte administratif

b) L'élargissement aux prises de position de l'administration

La jurisprudence la plus récente a tendance à élargir le champ du recours pour excès de pouvoir à l'ensemble des autorités investies d'une mission publique dès lors que le document (recommandations, avis) est de nature à exercer un effet notable (mais indirect) sur la situation juridique des intéressés.

Il ne s'agit plus de pouvoir contester les décisions de l'administration mais plus largement toute prise de position susceptible d'exercer une influence sur le comportement des administrés.

- Ainsi à propos des actes de droit souple (CE 21 mars 2016 Fairvesta et Numéricable)
- Ainsi à propos de Lignes directrices adoptées par la CNIL sur l'utilisation des cookies(CE 19 juin 2020 Association des agences-conseils en communication)
- Ainsi à propos encore des avis de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (CE 5 novembre 2020 Gourault Montagne).
 - Dans cette affaire, revenant sur sa jurisprudence traditionnelle en matière de déontologie, le CE juge qu'il lui appartient de connaître de l'avis rendu au Ministre des affaires étrangères et se prononçant contre la nomination d'un haut fonctionnaire à la tête d'une société privé en raison d'une incompatibilité avec ses activités antérieures.
- L'arrêt n'explique pas ce changement de jurisprudence. Or auparavant les avis des commissions de déontologie étaient insusceptible de recours.
 - L'institution par la loi d'une autorité administrative indépendante (HATVP) n'est sans doute pas étrangère à cette évolution dès lors que ses avis sont désormais mieux suivis en raison de la magistrature morale qu'exerce ce type d'institutions sur l'administration.
 - D'autres avis de la HATVP (rejetant la déclaration de patrimoine d'un élu) sont également contestable.

Ces affaires illustrent une tendance générale du juge de l'excès de pouvoir à contrôler tous documents à portée générale produit par l'administration

C'est ce que confirme l'arrêt GISTI du 12 juin 2020 qui juge de manière générale que

- o " Les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre »

Si l'on suit cet arrêt, il serait désormais possible de soumettre au juge administratif toute prise de position de l'administration. On pense ici aux "foires aux questions" (FAQ) et aux lettres d'informations qui sont de plus en plus régulièrement publiées sur les sites des administrations publiques.

- En l'espèce, l'arrêt GISTI permet de contester une note d'actualité la direction centrale de la police aux frontières, diffusant une information relative à l'existence d'une " fraude documentaire généralisée en Guinée (Conakry) sur les actes d'état civil et les jugements supplétifs " et préconisant en conséquence, en particulier aux agents devant se prononcer sur la validité d'actes d'état civil étrangers, de formuler un avis défavorable pour toute analyse d'un acte de naissance guinéen.
- C'est « eu égard aux effets notables qu'elle est susceptible d'emporter sur la situation des ressortissants guinéens dans leurs relations avec l'administration française, que cette note peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, contrairement à ce que soutient le ministre de l'intérieur."

- L'arrêt GISTI paraît contenir un nouveau critère pour les circulaires impératives qui ne place plus du point de vue de l'administration mais du point de vue des administrés.
 - En ce sens, il participe à la subjectivisation du recours en excès de pouvoir

§.2. La subjectivisation progressive du procès en excès de pouvoir

L'idée que le procès soit fait à un acte et non à l'administration a conduit la doctrine au début du XX^e siècle à récuser l'idée de parties dans le contentieux de l'excès de pouvoir.

- A ce titre, la doctrine et la jurisprudence expliquaient que le requérant ne peut ni renoncer ni se désister en excès de pouvoir

Mais cette idée radicale n'a pas prospéré

- Dès 1913, le CE lui porte un coup terrible : il admet en effet la tierce-opposition dans le contentieux de l'excès de pouvoir (CE 1913 Boussuge)
 - Ce qui autorise notamment les bénéficiaires de l'acte annulé qui n'auraient pas participé à l'instance faute d'en être informés à exercer un recours contre le jugement (plus exactement une voie de rétractation)
 - Ce qui souligne que le contentieux de la légalité peut être aussi affaire d'intérêts pour les particuliers concernées par l'affaire et que leurs droits ne peuvent pas être effacés

Par ailleurs, en 1953, la création des tribunaux administratifs s'est accompagné de la possibilité ouverte aux administrations d'exercer un recours en appel devant le CE

- Ce qui montre que l'administration est bien partie au procès

De la même manière, la défense de la légalité aurait cependant pu conduire à faire du recours pour excès de pouvoir une sorte de recours pétition ouvert à tous et sans limite et même sans délai.

- Ce serait faire du REP une sorte d'actio popularis du droit romain, un prolongement du droit de pétition ouvert à tous les citoyens
- En ce sens le REP est dispensé du ministère d'avocat
- Le justiciable peut donc agir seul sans qu'un avocat ne prépare ni ne précise son argumentation
- C'est le principe contraire qui prévaut en plein contentieux

Mais une approche aussi maximaliste n'a pas été retenue par le CE car elle serait trop contraire à la sécurité juridique. La jurisprudence s'est ainsi attachée à discipliner le recours en tenant compte de la situation du justiciable dont il ne peut pas être fait abstraction.

Ainsi l'exercice du REP est soumis à des conditions de recevabilité qui tiennent à la situation personnelle du requérant, au moment où il décide, à sa faculté ou non de renoncer

A. La condition d'intérêt pour agir en excès de pouvoir

Il ne suffit pas que l'acte soit susceptible de faire grief, il faut en outre pour le requérant démontrer au juge qu'il a un intérêt direct et personnel à obtenir l'annulation de la décision attaquée.

Il doit d'abord avoir une qualité lui donnant intérêt à agir

Cette qualité est assez largement entendue même si le juge est tenu de concilier les exigences de sécurité juridique et de légalité. Ainsi il faut

que le requérant soit placé dans une situation suffisamment spéciale pour lui donner qualité à agir

- Par ex, un requérant invoquant sa qualité de consommateur n'est fondé à agir contre la décision de classer une préparation pharmaceutique interdite sur la liste des substances vénéneuses (Conseil d'Etat 29 déc. 1995 Beucher)
 - Par contre, un contribuable local est fondé sur cette seule qualité à contester les actes de la collectivité locales (Conseil d'Etat 1901 Casanova),
- La qualité d'usager permet de demander l'annulation d'une mesure intéressant le service public,

- un propriétaire peut pareillement agir contre des dispositions organisant l'exercice du préemption (Conseil d'Etat 1965 Laudy)
- Et même un électeur peut arguer de sa qualité pour demander l'annulation d'une mesure décidant l'organisation d'un référendum national (Conseil d'Etat 1962 Brocas)

Ensuite son intérêt s'apprécie par rapport aux effets de la décision contestée. Il faut que le requérant trouve un avantage personnel à l'annulation

- Un hôtelier est ainsi fondé à demander l'annulation du décret fixant la date des vacances scolaires (Conseil d'Etat 1971 Damasio).
 - Par contre un professeur ne peut agir contre le texte fixant le règlement d'un concours national de recrutement (Conseil d'Etat 1987 Barrat) parce que ce texte ne porte atteinte aux prérogatives ni au statut des professeurs d'université.
- et de manière plus discutable un enseignant n'est pas fondé à demander l'annulation du refus du proviseur d'engager des poursuites disciplinaires contre un élève qui a gravement perturbé sa classe (Conseil d'Etat 1995 Mme Laplace)

A titre de comparaison, ce type de contestation est par exemple impossible devant les juridictions administratives allemandes. Le contentieux administratif allemand est en effet traditionnellement dominé par la question des droits subjectifs : l'annulation d'un acte administratif illégal n'y est prononcée qu'à la condition qu'il lèse aussi le justiciable dans l'exercice de ses droits.

Ce type de solution «à l'allemande» n'est pas très éloigné de celle qui prévaut devant les juridictions civiles en France : si l'on vient de voir qu'un voisin peut solliciter du juge de l'excès de pouvoir l'annulation d'un permis de construire contraire aux règles du code de l'urbanisme, il lui faudra devant les juridictions judiciaires établir l'atteinte à son droit de propriété (par exemple des nuisances) pour obtenir la démolition d'une construction réalisée illégalement.

B. La soumission du recours à un délai pour agir

L'autre condition est la condition de délai.

En raison des conséquences de l'annulation sur la sécurité juridique, le délai est de deux mois à compter de la notification ou de la publication de la décision contestée y compris en cas de refus implicite.

- Dans le contentieux de la responsabilité, le principe était qu'une décision implicite ne faisait pas courir le délai.
- Mais le décret JADE de 2016 est revenu sur cette exemption

Même en excès de pouvoir, le juge est désormais très vigilant sur la question de la sécurité juridique

Alors même quand le délai de deux mois n'a pas commencé à courir (en raison d'une notification irrégulière, par exemple : les délais et voies de recours n'ont pas été mentionnés), l'acte administratif doit être attaqué dans un délai raisonnable.

- Par sa décision *Czabaj* du 13 juillet 2016, l'assemblée du contentieux du Conseil d'État a jugé que nonobstant l'absence d'information du destinataire d'une mesure individuelle sur les voies et délais de recours permettant de la contester, la possibilité de saisir le juge d'une telle décision devait être bornée dans le temps par l'application d'un délai raisonnable de recours.
- Ce délai, fixé en principe à un an, court à compter de la date de la notification de la décision ou de celle à laquelle il est établi que le requérant en a eu connaissance
- La conséquence est que la méconnaissance des obligations d'information sur les voies et délais de recours ne se traduit dès lors plus par l'absence totale de délai de recours opposable, comme la jurisprudence le déduisait jusqu'alors de l'[article R. 421-5 du Code de justice administrative](#), mais seulement par l'application d'un délai *sui generis* au-delà duquel l'exercice du droit de recours apparaît contraire à l'objectif de sécurité juridique.

C. La possibilité de renoncer au recours pour excès de pouvoir

- La seconde conséquence est que le justiciable n'aurait pas la libre disposition de son recours

- Cette solution paraissait acquise. Elle a fait l'objet d'importantes inflexions.

1) L'interdiction traditionnelle

- Longtemps, la doctrine a expliqué que l'administration n'était pas fondée à opposer à un administré le fait qu'il avait préalablement au litige renoncé par contrat à l'exercice du REP contre la décision le concernant
- Et les auteurs de citer CE Andréani du 19 décembre 1955 .
- A l'appui de cette opinion, les auteurs citaient les conclusions du commissaire du gouvernement Landron faisant valoir que « la légalité n'est pas objet de commerce » -sur l'arrêt Andréani, RPDA 1956, p. 25).
- Et d'expliquer qu'en excès de pouvoir, le justiciable ne renonce pas à une prérogative personnelle, à un droit subjectif mais à une fonction d'intérêt général.
- C'est une toute autre solution qu'oppose la jurisprudence administrative en plein contentieux lorsque l'action porte sur des droits subjectifs. (CE, sect. 9 mai 1952 Houillères du bassin de Lorraine, Rec. p. 238).

LE RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR S'AFFIRME ainsi COMME UNE SORTE DE RECOURS D'ORDRE PUBLIC (R. CHAPUS).

Et la jurisprudence en donne d'autres exemples

- L'administration reste ainsi tenue de tirer les conséquences d'une annulation pour excès de pouvoir même quand la personne qui a obtenu l'annulation déclare renoncer à se prévaloir du jugement (Conseil d'Etat du 25 mai 1979 Toledano-Abitbol, Rec. p.228, obsv. P. Delvolvé, D. 1979, Inf. R, p. 387)
- Ou encore, le requérant qui se serait désisté, peut toujours revenir sur son désistement, même si l'administration lui en a donné acte (Conseil d'Etat 19 avril 1950 de Villèle, Rec. p. 214)

Les évolutions récentes du contentieux tendent cependant à relativiser la particularité du contentieux de pouvoir

2) Les évolutions contemporaines

D'abord dans le contentieux de l'urbanisme, la pratique voit se multiplier des transactions où les parties s'engagent (moyennant compensation financière) à renoncer à exercer un recours contre un permis de construire

- Le juge administratif (TA Cergy 8 juillet 2015 Sté Multi développement France) a admis la validité d'une transaction comprenant un tel renoncement refusant de voir dans la jurisprudence Andréani une règle d'ordre public.
- L'explication tient à ce que le Code de l'Urbanisme prévoit expressément ce type de pratiques (article L. 600-8 issue d'une ordonnance du 18 juillet 2013)

Ensuite, le Conseil d'Etat a rendu en 2019 un arrêt Centre Hospitalier de Sedan où il affirme

« Aucune disposition législative ou réglementaire applicable aux agents de la fonction publique hospitalière, ni aucun principe général du droit, ne fait obstacle à ce que l'administration conclue avec un fonctionnaire régi par la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986, ayant fait l'objet d'une décision l'admettant à la retraite pour invalidité non imputable au service, une transaction par laquelle, dans le respect des conditions précédemment mentionnées, les parties conviennent de mettre fin à l'ensemble des litiges nés de l'édition de cette décision ou de prévenir ceux qu'elle pourrait faire naître, incluant la demande d'annulation pour excès de pouvoir de cette décision et celle qui tend à la réparation des préjudices résultant de son éventuelle illégalité »

Cette solution tranche avec la doctrine dominante

Elle accompagne le développement souhaité par les pouvoirs publics de la médiation dans le contentieux administratif (Loi de 2016 sur la justice du 21 siècle)

- Le Conseil d'Etat s'est fixé un objectif de règlement des affaires par médiation de 1% du contentieux (soit 2 000 dossiers par an)
 - Or la médiation débouche sur la conclusion d'une transaction
 - Et la transaction prévoit généralement le renoncement aux actions en justice

En l'espèce, un agent hospitalier qui était en litige avec son employeur public en raison de sa mise à la retraite pour cause d'invalidité se voit opposer avec le succès un protocole transactionnel où il accepte en contrepartie d'une somme d'argent de renoncer à toute action en justice contre l'hôpital.

Cette solution soulève des oppositions de principe

- Le risque est que si elle est admise sans limites, elle conduise au maintien de décisions illégales avec l'accord des intéressés sous réserve de dédommagement (voir à l'achat de décisions illégales....)
- Aussi le Conseil d'Etat a fixé des limites

La possibilité de renoncer est soumise à des conditions strictes

- La renonciation ne peut pas concerner à l'avance une décision qui ne serait pas encore édictée par l'administration.
- La renonciation doit être prévue par une transaction et répondre aux règles de la transaction
 - La transaction doit avoir un objet licite
 - La transaction doit correspondre à des concessions réciproques
 - Ces deux conditions s'opposent à ce que la transaction porte sur une décision favorable à l'administré (qui paierait pour obtenir une autorisation par exemple)
 - La transaction doit respecter les règles d'ordre public
 - Cette notion ne reçoit pas de définition précise
 - En l'espèce, le CE contrairement à la CAA a jugé que les règles qui gouvernent l'admission à la retraite pour invalidité des agents publics ne sont pas d'ordre public

Section 2. Le recours pour excès de pouvoir, recours en rétablissement de légalité

Le caractère objectif du recours devait historiquement largement influencer sur les pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir.

En particulier, parce que le recours pour excès de pouvoir n'a pas officiellement d'autre objet que la suppression des illégalités, il a été admis à la suite de Laferrière que l'annulation de l'acte suffisait.

- En conséquence, les pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir n'ont longtemps eu qu'une portée négative : l'annulation de l'acte

Et c'est encore vrai dans une large mesure :

Le requérant qui a obtenu du juge l'annulation d'un refus de permis de construire ne se trouve, d'aucune manière, renseigné sur l'existence de son droit à construire.

Il lui faut revenir devant l'autorité compétente pour que celle-ci statue à nouveau dans le respect toutefois de la chose jugée par le juge administratif.

C'est en ce sens que le recours pour excès de pouvoir n'a ainsi qu'une portée négative : il permet de s'assurer que l'administration ne viole pas la règle de droit mais il ne permet en rien de garantir que l'administration la respecte effectivement.

De surcroît quand le juge de l'excès de pouvoir rejette le recours porté devant lui cela revient à dire non que l'acte soit légal mais seulement que les moyens développés par le requérant sont erronés.

Ainsi le REP ne permet ainsi qu'exceptionnellement de vider le litige qui oppose l'administration au requérant

- au point que selon Jean Rivero la protection du justiciable semblait n'être que la conséquence indirecte du contrôle de l'administration (J. Rivero, *le Huron au Palais-Royal, Réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir*, D. 1962, chr. p. 37-40).
- Le contentieux de l'excès de pouvoir avait avant toute chose une fonction doctrinale à destination davantage de l'administration que du justiciable et consistant à rappeler à l'administration par l'énoncé de directives générales les limites dans lesquelles toute autorité est tenue d'inscrire son action sous peine de risquer l'annulation.

Or s'il appartient au juge de dire le droit et de rappeler l'administration à ses devoirs, il lui faut aussi régler ce pour quoi il est finalement saisi c'est-à-dire le litige individuel portés devant lui.

C'est toutefois assez tardivement (à partir de 1995) que va prendre corps en droit administratif l'idée que la sanction des illégalités administratives ne peut plus avoir qu'une portée essentiellement doctrinale, mais qu'elle doit avant tout avoir des conséquences pratiques pour l'auteur du recours entraînant du même coup l'élargissement significatif des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir.

La transformation de l'office du juge s'est produit de deux manières :

Par l'adjonction d'un pouvoir d'injonction

Par la découverte des potentialités nouvelles du pouvoir d'annulation

L'office du juge de l'excès de pouvoir reste cependant limité :

Il ne dispose pas du pouvoir de réformation, ce qui dans le contentieux des sanctions, paraît être une conséquence nécessaire du principe de proportionnalité

§.1 L'exercice par le juge de l'excès de pouvoir du pouvoir d'injonction

L'efficacité du recours pour excès de pouvoir a longtemps buté sur l'interdiction faite au juge d'adresser des injonctions à l'administration en vue d'exécuter les jugements rendus contre elle.

- Cette impossibilité ne résultait d'aucun texte mais d'une autolimitation propre au juge administratif soucieux à la fois ne pas gêner l'action de l'administration et de ne pas exposer inutilement son autorité, car rien n'est en mesure de garantir que l'administration obéisse.

Après l'essai largement infructueux de la loi du 16 juillet 1980 sur l'astreinte en matière administrative, le législateur est venu en 1995 habiliter expressément le juge administratif à adresser

des injonctions à l'administration en vue de s'assurer de la bonne exécution par l'administration des annulations prononcées à son encontre.

Le succès de ce nouveau pouvoir d'injonction (A) a conduit le juge administratif à s'intéresser de manière plus large aux conséquences découlant des jugements d'annulation dont l'administration doit assurer l'exécution. Ce qui va conduire à une transformation profonde et générale de l'office du juge de l'excès de pouvoir (B).

A. La reconnaissance d'un pouvoir d'injonction afin de garantir l'exécution des jugements d'annulation.

La loi du 8 février 1995 (codifiée au Livre IX du CJA, article L. 911-1 et suivants) déroge à l'interdiction d'adresser des injonctions à l'administration

- Ce qui était présenté comme une conséquence du principe d'indépendance des fonctions administratives et juridictionnelles
- Ce qu'avait jugé le Conseil d'Etat 1933 Le loir rappelant l'interdiction faite au juge de faire acte d'administrateur.

La loi de 1995 a initialement un objet limité : permettre au juge de veiller au respect par l'administration de la chose jugée contre elle. En explicitant dans son jugement les conséquences qu'il convient de tirer d'une décision d'annulation

Au contraire, Elle ne permet au juge de substituer sa décision à celle de l'administration.

- **L'avis du Conseil d'Etat du 13 mars 1998 Madame Vindevogel** rappelle que le juge n'a pas directement à statuer sur les droits du requérant et en l'espèce à ordonner le remboursement d'une somme perçue sur le fondement d'une délibération à caractère réglementaire annulée pour excès de pouvoir.
- En ce sens, la loi de 1995 n'institue pas une action en déclaration de droits comparable à ce qui existe en Allemagne

Pour autant c'est un texte audacieux car soucieux d'efficacité,

- afin de ne pas reproduire les erreurs qui ont conduit à l'échec de la loi de 1980 sur l'astreinte.

1) La banalisation du pouvoir d'injonction.

Elle est double : institutionnel et procédurale

a) La banalisation institutionnelle

Le pouvoir d'injonction n'est pas à la différence de la loi sur l'astreinte de 1980 l'attribut exclusif de la section du contentieux du Conseil d'Etat .

Désormais, il appartient à l'ensemble des juges du fond :

- aux tribunaux administratifs d'abord en vue de l'exécution de leurs propres jugements
- mais aussi aux cours administratifs d'appel dès lors que le Cejugement est frappé d'appel

Cette banalisation du pouvoir d'injonction en tant que prérogative ordinaire à accorder à un juge rejaillit en dehors du contentieux de l'excès de pouvoir transformant l'ensemble des rapports entre l'administration et son juge

- Loi du 30 juin 2000 sur les référés (cours de L3 contentieux administratif)
- CE 6 décembre 2019 Syndicat des copropriétaires du Monte Carlo Hill (voir le cours sur le principe de responsabilité)
- Voir aussi (plus loin) les nouveaux pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir

b) La banalisation procédurale

L'innovation la plus considérable est d'ordre procédural.

- Les mesures d'injonction peuvent être demandée dès le jugement principal, en quelque sorte à titre préventif en complément des conclusions en annulation (L911-1 et L. 911-2)

- Les justiciables conservent encore la possibilité de former (comme sous l'empire de la loi de 1980 relative aux astreintes) une demande d'injonction après coup c'est-à-dire après s'être heurté à une réelle difficulté d'exécution. (L911-4)

Mais cette seconde voie (injonction curative) perd de son intérêt dès lors que la première (injonction préventive est ouverte)

- La loi du 23 mars 2019 de programmation et réforme de la justice est venue profondément modifier l'économie de ce texte en prévoyant que le juge peut désormais d'office faire usage de son pouvoir d'injonction

Dans tous les cas, l'injonction peut être assortie d'une astreinte (L. 911-3).

- Les acquis de la loi de 1980 ne sont pas supprimés mais servent ainsi de complément aux outils de la loi du 8 février 1995.
 - C'est logique : l'astreinte (qui s'apparente à une sanction) suppose qu'une injonction (contenant les mesures à prendre) soit au préalable adressée à l'administration.
 - En 1980, le législateur de 1980 avait raisonné à l'envers !
- En tout état de cause, l'astreinte n'a plus avec la loi de 1995 une portée strictement répressive destinée à sanctionner la mauvaise volonté de l'administration.
 - Associée à l'injonction, elle a bien davantage une dimension incitative
 - Dans la pratique, le juge choisira de moduler ce pouvoir d'astreinte (montant ; distinction provisoire/ définitive) en fonction notamment du comportement de l'administration, de la situation du requérant ou de l'urgence à régler le litige
 - Voir Conseil d'Etat, section, 26 juillet 1996, Association lyonnaise de protection des locataires, Conclusions Maugüé, RFDA 1996, pp. 774).

2) La dualité du pouvoir d'injonction.

Ensuite, la loi distingue selon que le jugement d'annulation implique ou non pour l'administration de prendre des mesures d'exécution dans un sens déterminé.

- Si le jugement d'annulation implique des mesures d'exécution déterminées, il appartient au juge administratif saisi de conclusions en ce sens d'en ordonner l'exécution dans son jugement (CJA, art. L 911-1)
 - Il pourra encore exiger de l'administration qu'elle prenne les mesures prescrites dans un certain délai voire sous astreinte.
- Dans le cas contraire, (CJA L. 911-2) quand l'administration conserve une certaine marge d'appréciation quant aux conséquences à tirer de l'annulation prononcée, le juge n'a d'autre pouvoir que d'impartir à l'autorité compétente un délai pour statuer à nouveau.
 - Par exemple, l'annulation d'un permis de construire pour un motif de forme ou de procédure ne permet pas au juge d'ordonner à l'administration de délivrer le permis demandé. Le juge n'aura d'autre solution que d'enjoindre à l'administration d'examiner la demande dans un certain délai à défaut il viendrait à se substituer à l'administration, à appliquer la loi à sa place.
 - Une nouvelle instruction pourra révéler d'autres raisons de maintenir une décision de sens équivalent à celle annulée a fortiori lorsque l'annulation était motivée par une illégalité externe (CE, sect., 7 déc. 1973, SCA des Nigritelles et Entreprise Fayolles [2 arrêts],

C'est surtout généralement le cas quand le juge annule une décision de refus opposée à la demande d'un administré

- Dans ce cas, l'annulation de la décision fondée sur un motif erroné ne signifie que l'administré a droit à la décision demandée mais seulement que l'administration s'est trompé et qu'il lui faut instruire à nouveau l'affaire

On peut ainsi distinguer les injonctions de fond et les injonctions de procédure

Les injonctions de fond amènent le juge à opérer un examen approfondi du texte en cause et des circonstances d'espèce qui dictent l'application du texte et ce afin de déterminer s'il doit contraindre réellement l'administration à prendre la mesure sollicitée par le requérant.

- Il a été par exemple jugé : que l'article 14 de la loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 (D. 1984.161) sur l'enseignement supérieur faisait obligation d'inscrire des étudiants ayant obtenu l'annulation du refus du président de l'université d'y procéder, compte tenu du fait qu'en l'espèce, l'université n'avait pas été en mesure de prouver que les capacités d'accueil de l'établissement étaient dépassées lorsque les candidats en question avaient déposé leur demande d'inscription (TA Rennes, 28 sept. 1995, Mlle Jehan)

La doctrine a évoqué l'idée d'un traitement en quelque sorte chirurgical : le juge disséquant les textes à appliquer afin de se prononcer sur les conclusions en injonction.

Le contentieux de la police des étrangers illustre le traitement « chirurgical » que le juge réserve aux conclusions à fin d'injonction .

- Ainsi si l'annulation d'un arrêté de reconduite à la frontière n'implique pas que le juge ordonne la délivrance d'un titre de séjour . Car une telle délivrance n'est pas la conséquence nécessaire du jugement : il revient à l'administration de vérifier que l'étranger satisfait à l'ensemble des conditions permettant son séjour en France. Cependant cette annulation implique qu'une autorisation provisoire de séjour soit délivrée aux requérants jusqu'à ce que le préfet ait à nouveau statué sur leur cas (CE 21 févr. 2000, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ Époux Jelassi) . L'arrêt précisant que le préfet doit à nouveau se prononcer même si aucune nouvelle demande n'a été formée devant lui. Ce qui implique donc que le juge puisse être saisi de conclusions lui enjoignant de procéder à ce réexamen dans un délai déterminé : CE 22 févr. 2002, Dieng

Les investigations menées par le juge de l'injonction ont souvent un caractère délicat : fixer « les mesures qu'impliquent nécessairement » le jugement d'annulation dépend directement du cadre juridique qui entoure la décision annulée

- Par exemple, l'annulation par le JA de la décision par laquelle le préfet enjoint à un automobiliste de restituer son permis de conduite pour défaut de points implique non seulement de restituer le titre de conduite en tant que tel, mais également de reconnaître à l'intéressé le bénéfice des points illégalement retirés. Et ce dès lors qu'en application de l'article L. 11-1 du code de la route, lorsque le nombre de points devient nul, le permis perd sa validité (CE, avis, 28 juill. 2000, Boullay

En pratique, nombreuses sont les hypothèses où le juge est en situation de considérer que l'application des textes en cause dans le litige l'autorise à prescrire des mesures précises à l'administration.

- Ainsi en va-t-il en particulier dans le domaine traditionnel de l'annulation de la révocation d'un fonctionnaire, qui emporte de plein droit la réintégration de l'intéressé en vertu du principe de *restitutio in integrum* (CE 26 déc. 1925, Rodière, GAJA).
- Le refus d'un maire de revoir un projet d'aménagement routier afin d'y intégrer un itinéraire cycliste comme le prévoit le Code de l'environnement entraîne l'injonction de procéder dans un délai de six mois aux corrections nécessaires à la coexistence sur la voirie rénovée des vélos et des automobiles : CE 30 novembre 2020 Commune de Montagny les Beaumes.

De manière plus remarquable, le prononcé d'une injonction peuvent conduire à la mise en œuvre du pouvoir réglementaire

- Peut être ainsi ordonnée l'édiction des dispositions réglementaires nécessaires à l'application des dispositions législatives (CE, sect., 26 juill. 1996, Assoc. Lyonnaise de protection des locataires
- Ou encore, lorsqu'il procède à l'annulation du refus d'abroger un acte réglementaire illégal, le juge administratif peut également assortir sa décision d'une injonction de procéder à cette abrogation (CE 21 févr. 1997, Calbo)

B. La transformation profonde de l'office du juge de l'excès de pouvoir

Quand il doit statuer sur les conclusions à fins d'injonction, c'est une sorte de deuxième affaire qui s'ouvre devant le juge de l'excès de pouvoir

- En effet, l'examen des conclusions en injonction conduit le juge à se comporter de la même manière que le juge de pleine juridiction.

On assiste à une subjectivisation renforcé du contentieux de l'excès de pouvoir (1) qui n'est cependant pas totale (2)

1) La subjectivisation de l'office du juge de l'excès de pouvoir

Elle se manifeste de deux manières

a) La détermination de la date à laquelle le juge statue.

Le contentieux administratif obéit sur cette question à la distinction des contentieux

- En plein contentieux (contentieux de la responsabilité, par exemple), le juge statue au regard de la situation existante à la date du jugement
- En excès de pouvoir, l'illégalité de l'acte est apprécié à la date où la décision a été prise.

L'exercice du pouvoir d'injonction bouscule cette répartition.

Les arrêts **Bourezak et Leveau** du 4 juillet 1997 en donnent une bonne illustration et témoignent de la subjectivisation du contentieux de l'excès de pouvoir

On l'aura compris ces deux arrêts tranchent la question de savoir à quelle date, le juge doit se placer pour statuer sur l'injonction..

Dans un arrêt précédent, **Réghis du 18 octobre 1995** (Rec.p. 989), le Conseil d'Etat avait jugé que l'éventualité d'un changement de circonstances dans la situation du demandeur interdisait au juge de l'exécution de faire usage de son pouvoir d'injonction, faute de pouvoir déterminer précisément les mesures qu'implique nécessairement le jugement d'annulation.

Le Conseil d'Etat avait procédé en l'espèce à une analyse classique « orthodoxe » de l'office du juge de l'excès de pouvoir, tenant compte du fait que la légalité de la décision qui suit une annulation s'apprécie non pas à la date de la décision annulée mais au jour où l'administration statue à nouveau.

Mais Il y avait là un risque considérable de neutralisation du pouvoir d'injonction : compte tenu des délais de jugements, nombreuses sont les affaires où les circonstances pourraient avoir évolué.

C'est ce risque que la nouvelle jurisprudence du Conseil d'Etat s'est attachée dans les arrêts Bourezak et Leveau à éviter.

S'écarter de la « rigueur mécanique et parfois stérile de l'excès de pouvoir, le commissaire du gouvernement Abraham a réussi à convaincre le Conseil d'Etat qu'avant d'ordonner une mesure d'exécution, il appartient au juge de l'excès de pouvoir de prescrire un supplément d'instruction pour vérifier si à la date du jugement les circonstances de l'affaire n'ont pas évolué.

Et donc en l'espèce, avant d'enjoindre à l'administration de délivrer un visa de vérifier si la situation du requérant au jour du jugement répondait toujours aux conditions du regroupement familial

L'exercice du pouvoir d'injonction entraîne ainsi un déplacement de l'objet du litige

- Ce qui est en jeu dès lors n'est plus la légalité de la décision administrative mais les droits subjectifs du requérant.
- C'est dorénavant par rapport à sa situation que sera réglé le litige.

L'office du juge de l'injonction vient donc rétroagir sur celui du juge de l'annulation.

L'injonction ne vient seulement en renfort de l'annulation, elle produit une instrumentalisation à son profit du pouvoir d'annulation.

L'arrêt Soc Eden du 21 décembre 2018 en donne une autre illustration.

b) La possibilité pour le requérant de définir l'ordre des moyens dans lequel le juge doit examiner la légalité de l'acte attaqué

L'hypothèse est celle où le requérant soulève plusieurs moyens susceptibles d'entraîner l'annulation

- Dans ce cas, le juge utilise traditionnellement la technique dite de l'économie des moyens.
 - Cette technique consiste pour le juge de l'excès de pouvoir à fonder son annulation sur les illégalités les plus flagrantes quitte à ne répondre aux autres moyens. Or en règle

générale, les illégalités les plus facilement décelables sont le vice de forme ou de procédure.

Cependant, cette technique aboutit à neutraliser les conclusions en injonctions.

- En effet, l'exercice du pouvoir d'injonction suppose que le juge recherche si parmi tous les moyens invoqués par le requérant, il existe un moyen de fond (légalité interne) qui placerait l'administration dans une situation de compétence liée, lui permettant alors de prescrire des mesures d'exécution.
- D'où la pratique des requérants de hiérarchiser les moyens dans leur requête afin d'amener le juge à statuer d'abord sur les moyens susceptibles d'entraîner l'exercice du pouvoir d'injonction.

L'arrêt [CE, sect., 21 déc. 2018, Société Eden n° 409678](#), vient valider cette pratique en obligeant le juge du fond à examiner les moyens dans l'ordre où le requérant les hiérarchise,

, « lorsque le requérant choisit de présenter, outre des conclusions à fin d'annulation, des conclusions à fin d'injonction tendant à ce que le juge enjoigne à l'autorité administrative de prendre une décision dans un sens déterminé, il incombe au juge de l'excès de pouvoir d'examiner prioritairement les moyens qui seraient de nature, étant fondés, à justifier le prononcé de l'injonction demandée.

Le juge devra donc en priorité analyser les moyens de légalité conduisant aux injonctions potentiellement demandées.

En outre, continue le Conseil d'État, *« lorsque le requérant choisit de hiérarchiser, « les prétentions qu'il soumet au juge (...) en fonction de la cause juridique sur laquelle reposent, à titre principal, ses conclusions à fin d'annulation » c'est-à-dire soit en matière de légalité externe ou de légalité interne, « il incombe au juge de l'excès de pouvoir de statuer en respectant cette hiérarchisation, c'est-à-dire en examinant prioritairement les moyens qui se rattachent à la cause juridique correspondant à la demande principale du requérant ».*

Ce qui signifie que le juge doit veiller à retenir le raisonnement juridique le plus à même de répondre à la situation du requérant

- Ainsi dans une affaire récente, où la jurisprudence Soc. Eden a été étendue au juge d'appel (CE 4 octobre 2019 AB c/ Présidence de l'Université de Paris 13)
 - Le requérant avait saisi le tribunal administratif de Montreuil afin,
 - d'une part, qu'il annule la décision du jury de deuxième année de licence « Sciences, technologie, santé » de l'université Paris 13 Villetaneuse le déclarant défaillant
 - et, d'autre part, à ce qu'il enjoigne à celle-ci de lui organiser une nouvelle session portant sur l'ensemble des épreuves d'examen, y compris celles pour lesquelles il n'avait pas été convoqué à la session de rattrapage.
 - Toutefois, le TA avait annulé la décision attaquée en tant seulement que les épreuves de rattrapage ont été entachées d'irrégularité et, en conséquence, n'avait enjoint à l'université d'organiser de nouvelles épreuves dans les seules matières pour lesquelles le requérant avait été convoqué à la session de rattrapage.
 - Autrement dit, le TA n'avait retenu aucun des moyens dirigés contre les épreuves de la session initiale de l'examen. Ce qui constituait la demande principale du requérant.
- Ce qui va amener le requérant à interjeté appel
 - Or, pour rejeter l'appel interjeté par le requérant, la cour administrative d'appel de Versailles n'a pas examiné les moyens assortissant sa demande principale.
- Ce qui va entraîner la cassation de l'arrêt par le Conseil d'État au motif que le requérant avait seulement obtenu le bénéfice d'une injonction d'une moindre portée que celle sollicitée, laquelle aurait été de droit si les moyens non examinés par le juge avaient, au contraire, été accueillis par le juge d'appel

2) Le maintien des dimensions objectives du recours pour excès de pouvoir

Pour autant les aspects subjectifs de l'affaire (liée à la situation personnelle du requérant) ne l'emportent pas toujours sur la dimension objective du REP

-
- C'est ce que rappelle l'arrêt [CE 2003 Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans](#) qui traduit la dimension objective maintenue du « nouveau contentieux » de l'excès de pouvoir.

Dans cet arrêt le Conseil d'Etat affirme que le requérant n'a droit à l'exécution de la chose jugée, c'est à dire à l'application de la loi, qu'à défaut de toute possibilité de régularisation et sous réserve que l'exécution de la chose jugée n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général.

L'affaire concerne l'obligation faite à l'administration, consécutivement à l'annulation d'une décision de refus, de démolir un ouvrage public (un pylône électrique) irrégulièrement implanté, c'est à dire implanté sur la propriété d'autrui (RFDA 2003, p. 477, conclusions Maugué et p. 484, note Laviaille).

Jusqu'en 1990, le juge administratif se refusait, au nom du principe d'intangibilité des ouvrages publics, d'enjoindre à l'administration la démolition d'un ouvrage public mal planté.

La reconnaissance du pouvoir d'injonction l'a amené à mettre fin à cette jurisprudence traditionnelle ; et ce des lors que le juge acceptait par ailleurs de contrôler la légalité du refus de démolir opposé par l'administration (Conseil d'Etat 19 avril 1991 Epoux Denard et Martin, conclusions Toutée, RFDA 1992, p. 59).

Pour autant, l'exercice du pouvoir d'injonction reste strictement encadré.

Si la limite tirée de l'existence d'une possibilité de régularisation semble pouvoir être admise pour un juriste sans trop de difficulté,

Il n'en va pas de même de la réserve d'intérêt général.

C'est pourtant ce qu'a jugé le CE

Au nom de l'intérêt général, un ouvrage public mal planté pourra ainsi ne pas être démoli ou encore l'annulation d'une décision de préemption n'obligera pas nécessairement l'administration à remettre les choses en l'état (Conseil d'Etat, 26 février 2003 M. et Mme Bour, AJDA 2003, p. 729, chron. Donnat et Casas).

L'intérêt général pourra être lié notamment à la continuité du service public ou au coût financier d'une remise en l'état

Le problème c'est que la notion d'atteinte excessive à l'intérêt général est une sorte de standard juridique

Elle est laissée à l'appréciation entière du juge,

Elle doit lui permettre de faire échapper ces décisions à la mécanique désormais implacable du respect dû à la chose jugée, bref de ménager les intérêts défendus par l'administration au détriment des droits (en l'espèce du droit de propriété) du justiciable.

Tout est affaire de circonstances comme le montrent deux affaires du même jour. Au regard des atteintes portées à l'intérêt général l'annulation d'une décision de préemption pourra ainsi :

- Soit impliquer la cession du bien à l'acquéreur évincé dès lors que les travaux déjà réalisées par la Commune en vue de transformer une maison d'habitation en salle communale ont été peu importants alors même que le coût de remise au norme de la salle existante serait élevé (CE 28. 09. 2020 Commune de Montagny les Beaumes)
- Soit ne pas impliquer la rétrocession du bien à l'ancien propriétaire dès lors que la Ville de Paris a effectué d'importants travaux en vue d'installer dans l'immeuble des logements sociaux et serait de nature à contrevenir du fait de l'absence de projet de l'ancien propriétaire à la vocation sociale du lieu (CE 28 09 2020 SCIFIM)

Dans la balance des intérêts opérée par le juge administratif, la nature du motif d'annulation n'est pas sans conséquence. En particulier une illégalité externe aura moins de poids qu'une illégalité de fond entachant le projet défendu par l'administration

- Ainsi dans l'affaire SCIFIM relève que l'annulation repose sur un motif de pure forme : la Ville n'était pas en mesure de démontrer qu'elle avait transmise dans les délais requis la déclaration d'intention d'aliéner au préfet.
- Ou encore l'illégalité pour défaut de motivation de la décision de préempter ne conduit pas le juge à exiger la restitution à son ancien propriétaire d'un marais destiné à faire l'objet de mesures de protection environnementale par le Département (CE 28. 09. 2020 C.B. c/ département de Loire Atlantique).

La solution montre ensuite que le contentieux de l'excès de pouvoir se règle encore parfois à un niveau où les droits de l'intéressé n'ont que peu de prise.

C'est essentiellement entre deux normes, la légalité d'un côté et l'intérêt public, norme érigée par le juge et représentée par l'ouvrage public, que le juge aura à arbitrer.

On est donc très loin de l'action en déclaration de droits allemand

Et c'est cette logique objective qui se retrouve encore dans les nouvelles méthodes du juge de l'excès de pouvoir

§. 2. La découverte par le juge des potentialités nouvelles du pouvoir d'annulation

L'usage du pouvoir d'injonction va amener le juge à s'intéresser de manière générale aux conséquences pratiques de ces décisions y compris quand il n'est pas saisi au titre des articles L.911-1 et suivants du CJA. Le juge se trouve investi d'une nouvelle responsabilité : vider le litige en faisant en sorte que les répercussions de son jugement n'est pas trop d'inconvénients pratiques

Deux difficultés principales occupent le juge administratif :

- L'effet rétroactif des jugements d'annulation qu'il convient dans certains cas de moduler afin de sauvegarder les exigences de sécurité juridique qui s'imposent à tout système juridique.
- La question des annulations partielles qui amènent le juge à déterminer les règles applicables dans l'attente d'une modification des textes

A. La modulation dans le temps des effets des jugements d'annulation

Les décisions rendues par le juge de l'excès de pouvoir peuvent avoir des effets pratiques dévastateurs : la sanction de l'illégalité d'un acte réside en effet dans l'annulation de l'acte.

- En effet, l'annulation a en principe un effet rétroactif.
 - Ce qui signifie que l'acte annulé est définitivement effacé de l'ordonnement juridique et donc réputé ne jamais avoir existé.
 - Par voie de conséquence, les actes pris sur son fondement (notamment s'il s'agit d'un acte réglementaire) vont se trouver privés de base juridique et dès lors à leur tour contestable notamment par voie d'exception.
- Une conséquence aussi brutale peut dans certains cas aussi contraire que possible aux objectifs d'intérêt général et de sécurité juridique,

Aussi la jurisprudence a admis que le juge de l'excès de pouvoir puisse limiter les conséquences de l'effet rétroactif d'une annulation en excès de pouvoir chaque fois qu'une annulation sèche aurait des conséquences manifestement excessives

- Ce pouvoir prétorien consiste dans la possibilité de moduler dans le temps les effets dans le temps des jugements d'annulation.
- En pratique, le juge administratif pourra décider
 - 1. que les effets dans le passé produit par l'acte annulé sont réputés définitifs :
 - De manière à empêcher la formation de contentieux en chaîne
 - 2. Que l'annulation pourra prendre effet à une date ultérieure au jugement que le juge fixera
 - De manière à donner du temps à l'administration pour prendre des mesures correctrices sans provoquer un vide juridique..

L'arrêt de principe est l'arrêt d'assemblée du 11 mai 2004 Association AC !

Les circonstances de l'affaire constituent un cas d'école des difficultés générées par une éventuelle annulation rétroactive

Devant le Conseil d'Etat était contesté plusieurs arrêtés du Ministre des affaires sociales portant agrément d'un avenant à la convention d'assurance chômage courant sur la période 2001-2003 et d'autre part de la convention elle-même sur la période 200-2006

L'illégalité de ces arrêtés était difficilement contestables :

en raison d'abord de la procédure suivie (le gouvernement ayant omis de procéder à une consultation obligatoire) ;

en raison ensuite du contenu même des conventions agréées en méconnaissance de l'article L.352-2 du Code de la sécurité sociale qui postule en particulier l'accord non réalisé en l'espèce des syndicats les plus représentatifs

En l'espèce, l'anéantissement total des effets produits par les arrêtés était cependant difficilement envisageable.

car il conduisait à remettre en cause l'ensemble du dispositif d'allocation chômage en vigueur depuis plusieurs années créant de graves incertitudes sur la situation tant des allocataires que de l'UNEDIC

Il était ainsi susceptible de donner lieu à des demandes de remboursement tant des cotisations versées par les entreprises que des allocations accordés aux demandeurs d'emploi.

Au vu des risques encourus, le Conseil d'Etat va décider de mettre en balance les inconvénients d'une annulation rétroactive avec le respect dû au principe de légalité et aux droits des justiciables pour juger qu'en l'espèce l'annulation immédiate aurait des conséquences manifestement excessives au regard du principe de sécurité juridique.

Sur le fondement de ce raisonnement, le CE décide

d'annuler les arrêtés du 5 février 2003 entrés en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2004 qu'à compter du 1^{er} juillet 2004 afin de donner du temps au Gouvernement pour reprendre des arrêtés légaux d'agrément des conventions.

d'annuler de manière rétroactive les arrêtés de 2001 applicables jusqu'en 2003 mais de juger –sous réserve des actions pendantes au jour de sa décision- que leurs effets juridiques acquis antérieurement à sa décision d'annulation doivent être tenus pour définitifs ;

et ce afin de ne pas avoir à faire revivre des dispositions juridiques antérieures, ce qui serait source de complications juridiques sérieuses.

Le juge de l'excès de pouvoir comprend désormais son office d'une manière différente : s'il veille à ce que l'administration tire toutes les conséquences juridiques des annulations qu'il prononce (au moyen de son pouvoir d'injonction) il tend à concilier l'obligation d'exécuter ses décisions avec d'autres impératifs dès lors que l'annulation pourrait avoir des conséquences directement contraires à l'intérêt général et à la sécurité juridique.

Ce faisant, le Conseil d'Etat s'arroe un pouvoir d'appréciation qui pourrait inquiéter dès lors qu'une conception trop souple de l'intérêt général (conçu comme l'intérêt de l'administration) pourrait conduire à faire échec au principe de légalité.

- Notamment lorsque le juge reporte l'effet de l'annulation à une date à laquelle l'acte attaqué soit devait de toute façon cesser d'être applicable (CE 28 déc. 2016, n° 390060, Fédération de l'hospitalisation privée), soit pourra être remplacé par un nouvel acte régulier

Ainsi que l'expliquait le rapporteur public Christophe Devys dans ses conclusion sur l'arrêt Association AC !, l'usage du pouvoir de modulation doit être réservée aux « effets véritablement déstabilisateurs, compte tenu du nombre de situations juridiques non définitives concernées et de la complexité de leur régularisation » de certaines annulations.

- C'est dire dans des cas pour lesquels que la préservation de la sécurité juridique paraît en pratique préférable au rétablissement de la légalité.
- Des cas tellement exceptionnels qu'ils rendraient, selon le rapporteur public, le recours à une loi de validation à la fois inévitable et admissible au regard de la jurisprudence
 - Or tant les jurisprudences du CC que du CE ou de la Cour EDH exige « un impérieux motif d'intérêt général ».
 - En ce sens, l'arrêt Association AC ! précisait que déjà « la seule circonstance que la rétroactivité de l'annulation pourrait avoir une incidence négative pour les finances publiques et entraîner des complications pour les services administratifs chargés d'en tirer les conséquences ne peut, par elle-même, suffire à caractériser une situation de nature à justifier que le juge fasse

usage de son pouvoir de modulation dans le temps des effets de cette annulation »

En tout état de cause, le juge administratif ne saurait s'autoriser ce qu'il interdit au législateur au titre du contrôle des lois de validation

Une partie de la doctrine a cependant dénoncé une banalisation excessive de la jurisprudence AC ! (Voir B. Seiller, AJDA 2018, Assez d'AC !) qui serait devenu un instrument au service de la stratégie contentieuse de l'administration.

- Soit que l'administration chercherait au cours des procès moins à défendre la légalité de ses décisions qu'à convaincre le juge administratif de décider de cristalliser les effets passés de l'acte attaqué ou de reporter l'annulation à une date ultérieure.
- Soit que dans certaines affaires, l'administration donne l'impression de ralentir le cours de la procédure ou au contraire d'accélérer les investissements pour rendre la rétroactivité de la prévisible annulation plus pénalisante.

La Cour de justice de l'Union Européenne appelle de son côté les juridictions nationales à un usage modéré du pouvoir de modulation (CJUE 2016 Association France nature environnement)

- Jugeant que la faculté de moduler dans le temps une annulation contentieuse résultant d'une violation du droit de l'UE ne peut être utilisée qu'à titre exceptionnel en cas de nécessité impérieuse
 - La Cour exige que le juge national démontre pour chaque affaire de manière circonstanciée que les conditions posées par la jurisprudence nationale ne donnent lieu à aucun doute raisonnable
 - Le CE a fait application de cette jurisprudence : CE 2017 ANODE (370321)

L'annulation doit ainsi rester le principe et la modulation doit seulement permettre de faire face à ses conséquences manifestement les plus excessives

B. La technique des annulations partielles

Il n'est pas rare que saisi d'un recours en annulation, le juge de l'excès de pouvoir prononce l'annulation seulement de certaines dispositions -jugées divisibles- du texte attaqué devant lui, laissant alors subsister le texte amputé des dispositions annulées.

L'annulation ainsi prononcée peut ainsi provoquer une sorte de vide juridique qui amène le juge administratif à prescrire de manière provisoire des règles transitoires qui vont s'imposer à l'administration dans l'attente d'une nouvelle législation ou réglementation.

L'office du juge s'organise ainsi en deux temps : 1/ examen de la légalité 2/ examen des conséquences de la légalité/

Cette jurisprudence a d'abord concerné « les annulations en tant que ne pas »

- C'est-à-dire des annulations prononcées dans la mesure où le texte attaqué ne contient pas des dispositions que l'administration aurait dû prévoir.
 - L'annulation en tant que ne pas est une fiction juridique. En tant que tel, le juge n'annule rien

Cette jurisprudence a été inaugurée par l'arrêt Vassilikiotis de 2001

Le texte attaqué est un décret qui organise l'accès à la profession de guide-touristique. Le décret est annulé en tant qu'il ne prévoit pas d'équivalence de diplômes pour les ressortissants de l'Union européenne.

La motivation de l'arrêt précise les conséquences à tirer de ce type d'annulation en tant que ne pas :

le Conseil d'Etat enjoint ainsi à l'administration d'adopter, dans un délai raisonnable, les mesures réglementaires nécessaires à la mise en conformité avec le droit communautaire et de les assortir d'un dispositif transitoire :

que dans l'attente d'un texte prévoyant les équivalences les ressortissants de l'UE disposant que qualifications nationales peuvent librement candidater à la fonction de guides touristiques

Voir aussi :

Conseil d'Etat 27 juillet 2001 Titran (AJDA 2001, chron. MM. Guyomar et Collin, p. 1046).

- Etait attaqué le refus du Garde des sceaux d'abroger deux arrêtés relatifs à la gestion informatique des affaires et des procédures ouvertes devant les tribunaux judiciaires. Le Conseil d'Etat devait juger que ces arrêtés étaient illégaux en tant qu'ils ne reprenaient pas les réserves émises par la CNIL à propos de la conservation à long terme d'un certain nombre de données contenues dans les fichiers des greffes.
- Mais plutôt que de prononcer une annulation immédiate qui aurait eu pour conséquence de remettre en cause le système informatisé de gestion des procédures devant les tribunaux de grande instance et aurait donc menacé à ce titre le fonctionnement du service public de la justice judiciaire, le Conseil d'Etat préfère
 - 1. indiquer à l'administration les mesures à mettre en œuvre dans un délai de deux mois :
 - soit pour corriger l'illégalité pesant sur les arrêtés litigieux ;
 - soit pour faire adopter un décret en Conseil d'Etat permettant -comme la loi de 1978 l'avait prévu- de passer outre en cas d'avis défavorable de la CNIL).
 - 2. Ordonner au Ministre à l'expiration de ce délai de 2 mois d'abroger immédiatement les arrêtés illégaux
- Ou encore Conseil d'Etat 2002 Choukroun
 - Annulation du refus opposé à un veuf demandant la reversion de la pension de son épouse décédé en tant qu'il applique le code des pensions lequel crée une discrimination (contraire au Traité UE) en matière de reversion des pensions en distinguant le régime applicable aux demandes de reversion selon que le conjoint survivant est un homme ou une femme.
 - En conséquence, l'autorité compétente a 1/ l'obligation de pas faire application de la loi nationale incompatible avec le droit de l'UE ; 2/ l'obligation d'appliquer aux demandes dont elle est saisie le régime plus favorable prévu pour les cas où le conjoint-survivant est une femme)
- Ou encore Conseil d'Etat 30 juillet 2014 CIMADE
 - Annulation d'une note de service organisant le régime de traitement des demandes d'asile en tant que conformément aux dispositions nationales elle ne reprend pas les garanties prévues par les textes européens.
 - En conséquence : 1/ l'administration a l'obligation de ne pas appliquer la loi nationale 2/ dans l'attente d'une nouvelle législation nationale, l'obligation d'examiner les demandes selon les exigences prévues par les textes européens.

Dans l'ensemble de ces hypothèses, l'élargissement de l'office du juge de l'excès de pouvoir s'expliquait par la nécessité de combler un vide juridique afin de permettre l'application des textes supérieurs qui s'impose à l'administration.

Est-il possible au juge de l'excès de pouvoir d'aller plus loin ?

- C'est-à-dire de prescrire un régime transitoire alors que même l'administration ne serait pas confrontée à un vide juridique et ce dès lors que l'annulation prononcée aurait des conséquences excessives pour l'intérêt général
- Une telle solution reviendrait à combiner les jurisprudences Associations AC ! et Vassilikiotis.

C'est la solution retenue par le Conseil d'Etat dans l'arrêt CIMADE (un autre...) du 31 juillet 2019

- L'arrêt annule un décret venant définir, sur le fondement de dispositions issue d'une loi de 2018, l'accès des demandeurs d'asile aux « conditions matérielles d'accueil » prévues par une directive européenne (droit à un logement, nourriture, habillement, versement d'une allocation journalière) aux motifs que le régime prévu par la loi était plus restrictif que celui prévu par la directive.
- La difficulté tenait en l'espèce que la mise à l'écart des dispositions nationales privait les autorités compétentes de la possibilité de sanctionner les tentatives de contournement par les demandeurs d'asile du règlement européen Dublin III qui les oblige notamment à s'enregistrer et à résider dans l'Etat-membre d'arrivée afin d'y faire instruire leur demande.
- Or il s'agit d'une pratique fréquente à laquelle la loi de 2018 avait cherché à faire obstacle.

Le rapporteur public va ainsi convaincre le Conseil d'Etat que l'inapplicabilité des dispositions nationales jugées inconventionnelles emportaient des conséquences excessives au regard des motifs impérieux d'intérêt général (lutte contre la fraude ; désorganisation des services chargés d'instruire des demandes d'asile) et qui lui appartenait en conséquence de préciser dans l'attente d'une modification de la loi les règles de droit applicables

Sur cette base, l'arrêt CIMADE vient détailler pour l'administration compétente (l'Office français de l'immigration et de l'intégration) les conséquences de l'annulation du décret

- D'abord, le CE prévoit que l'administration pourra reconsidérer à leur demande la situation des demandeurs d'asile qui sur la base de la loi de 2018 avait perdu le bénéfice des conditions matérielles prévues par la directive européenne.
- Ensuite le CE précise la procédure à suivre (droits de la défense, motivation) ainsi les motifs qui pourraient justifier le refus ou le retrait ou le rétablissement par l'OFII de l'accès aux conditions matérielles d'asile.

Le CE se substitue ainsi de manière provisoire au législateur... pour permettre à l'administration de remplir sa mission

§.3 L'exclusion du pouvoir de réformation

Le REP ne permet pas d'obtenir la réformation de l'acte attaqué.

Par exemple, saisi d'un recours contre une sanction, le juge a le choix entre annuler la mesure ou rejeter le recours, il lui est en particulier impossible de la diminuer alors qu'une sanction moins grave lui paraîtrait davantage justifiée par rapport à la gravité des faits reprochés.

- En ce sens, le recours pour excès de pouvoir se distingue d'un certain nombre de recours de plein contentieux organisé devant la juridiction administrative où, bien que la question posée au juge soit une question de droit objectif, le juge dispose en vertu de textes spéciaux ou de constructions prétorienne du pouvoir de prendre des décisions positives

Le juge du plein contentieux notamment réformer l'acte administratif (d'attribuer ce que l'administration a refusé, de reconnaître une qualité, de diminuer une sanction, d'inverser les résultats d'une élection, de modifier le montant de l'imposition).

L'arrêt du Conseil d'Etat 8 février 1982 Aldana Barrena concernant recours ouvert devant la commission des recours contre les décisions de l'OFPRA refusant le statut de réfugié politique opte en l'espèce dans le silence de la loi pour la qualification de recours de pleine juridiction. Ce qui permet au juge de reconnaître le cas échéant la qualité de réfugié et pas seulement d'annuler d'annulation de la décision de refus n'est plus tenu de reformuler une demande devant l'OFPRA (.

L'impuissance du juge de l'excès de pouvoir explique ainsi que les recours de plein contentieux connaissent un essor indéniable dans des contentieux de nature objective.

Il y a d'abord les « contentieux historiques » Le contentieux fiscal dans lequel le juge peut modifier le montant de l'imposition contestée. Le contentieux électoral où le juge peut rectifier les résultats et par suite modifier la désignation des candidats élus. Le contentieux des installations classées dans lequel le juge peut accorder l'autorisation d'exploiter refusée par le préfet ou redéfinir les conditions d'exploitation déterminées par le préfet. Le contentieux des immeubles insalubres où le juge peut autoriser l'exécution d'office des travaux prescrits.

Des législations récentes ont multiplié dans des contentieux de nature objective des recours désignés comme étant de pleine juridiction dans la mesure où ils permettent au juge administratif non seulement d'annuler mais surtout de réformer et donc de réduire les sanctions prononcées par l'administration.

⊕ Devant le Conseil d'Etat, les exemples sont nombreux. On se contentera d'en citer quelques-uns : Le recours devant le Conseil d'Etat contre les sanctions infligées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (loi du 17 janvier 1989), par la commission de contrôle des assurances (loi du 31 déc. 1989), par la COB (loi du 2 juillet 1996 pour le seul contentieux des agréments des organismes de placements collectifs, le reste du contentieux relevant du juge judiciaire), par l'autorité de régulation des télécommunications (loi du 26 juillet 1996).

La comparaison entre les deux types de recours a notamment conduit à une évolution très significative du contentieux des sanctions administratives.

En particulier parce que la Conv EDH (article 6 §.1) semble exiger qu'en vertu du principe de proportionnalité le juge soit en mesure de ramener la sanction à de plus justes proportions et donc dispose du pouvoir non seulement de l'annuler mais aussi de réformer la sanction

En particulier en 1995 dans un arrêt rendu contre l'Autriche : CourEDH 1995 Gradinger c/ Autriche

Sous l'influence de la jurisprudence de la Cour EDH, le CE a ainsi amendé sa jurisprudence

- L'affaire Société Atom lui a en fourni l'occasion en 2009

Le CE était confronté à une question délicate : la nécessité d'appliquer aux sanctions administratives le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce (rétroactivité in mitus)

Pour ce faire, il a jugé que lorsque le recours est formé contre une sanction intéressant un administré, **ce recours doit être qualifié de recours de pleine juridiction**,

Ce qui permet au juge de faire application de la loi applicable au moment où il statue et non au moment des faits. (CE 2009 Soc Atom) et donc de la loi pénale plus douce

Par extension, le juge de plein contentieux est amené à réformer la sanction

L'arrêt Soc. Atom ne se prononce pas sur le principe de la réformation des sanctions par le juge administratif au regard de l'article 6 §.1 CEDH

Au contraire, certains membres de la juridiction administrative jugent que la jurisprudence de la CEDH n'a pas la portée qu'on lui prête en raison d'une mauvaise traduction française du jugement rendu en allemand qui diffère de la traduction en anglais.

Ainsi la jurisprudence Soc. Atom connaît de nombreuses exceptions qui continuent de relever du contentieux de l'excès de pouvoir

Les sanctions contre les agents de la fonction publique (CE 2013 Dahan)

Les sanctions exercées sur les détenus

Chapitre 2

Le contrôle du juge de l'excès de pouvoir

Saisi d'un recours en annulation, il revient au juge de vérifier si l'acte est ou non entachée d'illégalité.

A priori, l'illégalité est l'autre face de la légalité.

- Les deux termes s'opposent a priori exactement : un acte est légal ou ne l'est pas.
- En réalité, le partage du légal et de l'illégal est plus complexe : si la légalité peut se définir comme le respect par l'administration de la règle de droit ; par contre, il ne suffit de définir a contrario l'illégalité comme étant le contraire de la légalité

En fait, les illégalités susceptibles d'entacher un acte administratif sont en effet indéfiniment variable.

Le juge administratif a ainsi créé un vocabulaire spécifique pour exprimer les différents aspects de l'atteinte à la légalité : ce sont les « **cas d'ouverture** » du recours pour excès c'est à dire les différents arguments susceptibles d'être invoqués devant le juge pour lui demander l'annulation d'un acte à raison de son illégalité

- Si le contrôle de l'excès de pouvoir a permis de systématiser la manière dont le juge est appelé à faire le diagnostic de l'illégalité d'un acte .On notera cependant que la question de l'illégalité d'un acte administratif n'est pas propre au contentieux de l'excès de pouvoir
 - D'abord elle ne procède pas nécessairement d'un recours exercé directement contre l'acte (le juge se livrera à une appréciation du même ordre quand est soulevé devant lui une exception d'illégalité)
 - Ensuite, le juge du plein contentieux se livrera à de telles investigations quand il est saisi de conclusions indemnitaires fondées sur la faute constituée par l'illégalité d'une décision administrative).

De tous les cas d'ouverture, c'est toutefois le contrôle des motifs qui soulève les questions juridiques les plus complexes dès lors qu'il amène le juge à vérifier le raisonnement mis en œuvre par l'administration au moment de la prise de décision.

Section 1.

Les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir

La classification des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir a été historiquement établie par Edouard Laferrière, lequel distinguait des quatre moyens d'annulation, traditionnellement appelés « ouvertures du recours pour excès de pouvoir » : l'incompétence, le vice de forme, la violation de la loi et le détournement de pouvoir.

Mais cette énumération est progressivement devenue imparfaite.

Depuis, des expressions nouvelles sont apparues dans les arrêts ou dans leurs commentaires, dont on voit mal comment les classer à l'intérieur des quatre cas d'ouverture traditionnels :

- procédure irrégulière, détournement de pouvoir, erreur de fait, erreur de droit, fausse cause au absence de cause, motif matériellement inexact ou non de nature à justifier l'acte attaqué, défaut de base légale, méconnaissance du champ d'application de la loi, abus du droit, fraude à la loi, ect. (...)

En particulier, la notion de violation de la loi n'a cessé d'être étendue bien au delà de sa signification littérale pour y inclure des hypothèses de violation indirecte de la loi jusqu'à rejoindre l'idée de méconnaissance de la règle de droit, ce qui à la limite pourrait se confondre confondait avec l'illégalité et recouvrir à peu près tout le domaine de l'excès de pouvoir

D'où une autre classification a été proposée par Gazier

Elle oppose le contrôle de la légalité externe de l'acte attaqué au contrôle de sa légalité interne.

- On parle « légalité externe » dans la mesure où le contrôle du juge porte sur l'aspect extérieur de la décision attaquée, c'est à dire sur les modalités qui ont entouré la prise de décision par l'administration (compétence, forme, procédure).
- La légalité interne porte le contenu de l'acte

C'est très sensiblement la distinction courante de la forme du fond. (...)

- Cette distinction a une portée pratique importante.
 - Illégalité externe et illégalité interne sont des causes juridiques distinctes
 - Depuis l'arrêt CE 1953 Intercopie, le juge interdit après l'expiration du délai de recours de porter devant lui en cours d'instruction du recours des moyens qui ne relèveraient pas de la même cause juridique que ceux formés à l'appui du recours.
 - En pratique, cela oblige les parties pour contourner cette interdiction à soulever immédiatement devant le juge des moyens de légalité interne et de légalité externe de manière à ne pas se priver par la suite de nouveaux éléments de discussion contentieuses.
 - L'annulation pour illégalité externe a une valeur moindre que l'annulation pour illégalité interne
 - En général elle n'empêche pas l'administration de reprendre sous des formes extérieures régulière l'acte annulé;
 - Elle ne censure que sur un plan accessoire l'illégalité commise et ne donne souvent aux requérants ont qu'une demi-satisfaction.

Ces différentes classifications ont l'inconvénient de découper l'illégalité en tranches et d'être à ce titre un peu artificiel

Elles permettent toutefois de montrer que la jurisprudence administrative n'a pas une vision statique de la légalité : un acte n'est pas illégal en soit, la détection des illégalités oblige le juge à avoir une approche non statique mais dynamique de la légalité

- Non seulement l'appréhension de la légalité a évolué dans le temps et le diagnostic de l'illégalité s'est enrichi de nouveaux cas d'ouverture du recours.
- Mais surtout, le contrôle de la légalité d'un acte administratif amène le juge non seulement à vérifier la régularité formelle des actes administratifs mais aussi à porter ses investigations sur le fond du droit, à s'enquérir de leurs causes et de leurs buts, à contrôler donc autant la décision prise que la manière dont l'administration l'a construite.

A cette conception dynamique du contrôle juridictionnel, le juge ajoute une approche réaliste du droit au sens où diverses constructions jurisprudentielles permettent au juge administratif de faire prévaloir l'esprit sur la règle et les besoins du service public sur le respect purement mécanique des règles de droit.

§.1 Le juge de l'excès de pouvoir a une approche dynamique de l'illégalité d'un acte

Le juge administratif ne s'en tient pas à une approche purement statique de la légalité.

D'abord les cas d'ouverture d'abord conçus de manière limitées n'ont cessé de se diversifier.

Ensuite, parce que le contrôle du juge de l'excès de pouvoir ne se borne pas à censurer les actes qui heurtent frontalement les textes supérieurs

- soit qu'ils méconnaissent les conditions de régularité formelle –celles qui tiennent aux conditions d'adoption de l'acte-
- soit qu'ils contiennent des dispositions dont le contenu est directement contraire à la loi.

Dynamique, car le contrôle du juge administratif embrasse aussi les causes de l'acte administratif : le but poursuivi par l'auteur de l'acte ainsi que les motifs retenus à l'appui de la décision, c'est-à-dire que le raisonnement intellectuel mis en œuvre par l'administration.

Le développement historique du recours pour excès de pouvoir a permis au juge administratif comme l'explique Maurice Hauriou de s'évader des limites de la « pure légalité », dans lesquelles une partie de la doctrine du XIXe siècle voulait l'enfermer

car le REP, recours objectif, était assimilé au recours en cassation,

Au contraire, le CE a choisi d'aller au cœur du raisonnement juridique tenu par l'administration pour contrôler jusqu'à l'appréciation des questions de faits.

Ce qui lui permet de contrôler l'usage que l'administration fait de son pouvoir discrétionnaire.

La typologie des vices affectant les actes administratifs ne correspond ainsi à aucune construction rationnelle mais seulement au développement historique et empirique du recours pour excès de pouvoir et en particulier de ses cas d'ouvertures c'est à dire des arguments susceptibles d'être invoqués devant le juge de l'annulation.

On opposera ainsi la légalité externe et légalité tant en raison du contenu de la distinction que de sa portée historique.

A La légalité externe, champ initial du recours pour excès de pouvoir

Durant la première moitié du XIXe siècle, le REP est perçue une voie de droit extraordinaire

- Car permettant de contester des actes de pure administration
 - Ceux qui ne mettent en cause aucun droit subjectif et n'ont pas en principe à relever d'une action en justice
- Donc fermée dès lors qu'existerait un autre moyen de droit pour régler le litige, c'est l'exception du recours parallèle
 - à laquelle notamment la jurisprudence Lafage (1912, voir GAJA) apporte de très importantes limites.

Par voie de conséquence, l'idée prévalait que seules les irrégularités les plus graves appelaient une répression immédiate du juge administratif.

C'était la théorie du « scandale » qui ne permettait aux particuliers d'invoquer devant le Conseil d'Etat que les irrégularités les plus flagrantes, les plus grossières

L'incompétence de l'autorité administrative

ainsi que la méconnaissance grossière des formes et des procédures entourant les décisions de pure administration

Aujourd'hui encore, malgré les développements du contrôle de l'excès de pouvoir sur le fond du droit, l'examen de la légalité externe des actes administratifs est encore aujourd'hui un axe privilégié du contrôle juridictionnel.

1. Le vice d'incompétence

L'incompétence est le premier des vices de légalité externe.

C'est un vice particulièrement grave qui entache d'illégalité tout acte pris par une autorité administrative en dehors de ces attributions légales.

- Pour en souligner la gravité, la jurisprudence administrative a fait de l'incompétence un moyen d'ordre public : c'est à dire que ce moyen peut être soulevé en tout état de procédure (pour la première fois en appel comme en cassation) et le juge doit le relever d'office alors même que les parties ne s'en prévalent pas devant lui.
- Le juge statue alors ultra petita
- Cette particularité explique que certaines irrégularités de procédure, auxquelles le juge attache beaucoup de prix, soient assimilées au vice d'incompétence : ainsi de la consultation pour avis du Conseil d'Etat.

A la suite de Laferrière, il est d'usage de distinguer plusieurs sortes d'incompétence :

- l'incompétence razione temporis (Conseil d'Etat 7 octobre 1994 Joly)
- l'incompétence razione loci (Conseil d'Etat 1980 Commune de Beugnicourt).
- L'incompétence razione materiae (Conseil d'Etat 7 décembre 1990 Di Lello),
- L'incompétence razione materiae est le vice d'incompétence le plus souvent sanctionnée
- Une autorité administrative est intervenue par erreur sur une question pour laquelle les textes ont attribué la compétence à une autre autorité ;
- En ce sens, d'un point de vue logique, elle se distingue mal de l'erreur de droit

Le vice d'incompétence ne consiste pas nécessairement à ce qu'une autorité administrative décide en méconnaissance des attributions d'une autre autorité. L'illégalité de l'acte peut en effet encore résulter de ce que l'autorité saisie d'une demande se refuse à exercer une attribution relevant de sa compétence :

- On est face alors à un cas d'incompétence négative pareillement censuré par le juge administratif
- L'incompétence négative est sanctionné au titre de l'erreur de droit

La doctrine (Eisenmann, Waline) s'est parfois interrogé sur la pertinence de la classification consistant à ranger l'incompétence parmi les illégalités externes pour la rattacher à l'erreur de droit.

A l'appui de cette position, on relèvera que l'incompétence obéit à un régime contentieux très différent des vices de forme et de procédure.

2) Les vices de forme et de procédure

Les irrégularités regroupaient sous ce vocable concerne les formalités qui entourent l'élaboration de la décision administrative.

Edouard Laferrière expliquait ainsi que les formalités sont des garanties offertes aux intéressés, au public, à l'administration contre des décisions hâtives et mal préparées.

Si la présentation retenue par Edouard Laferrière des cas d'ouverture du REP (Traité 1888) consistait à regrouper ensemble les vices de forme et de procédure, les auteurs modernes, à la différence de Laferrière, tendent aujourd'hui à distinguer le vice de forme du vice de procédure

a) Le vice de forme

Le vice de forme concerne la présentation extérieure de l'acte. Il porte traditionnellement sur des exigences élémentaires qui permettent de vérifier que la décision existe vraiment : ainsi la décision devra-t-elle être au moins signée et le cas échéant contresignée s'agissant des actes de l'exécutif.

- Par contre, les questions touchant à la publicité de l'acte n'emportent pas son illégalité mais agissent sur les délais de recours

La loi du 11 juillet 1979 (aujourd'hui codifié : CRAP art L. 211-1) a considérablement renforcé la densité juridique des exigences de forme pesant sur l'administration.

- Rompant en effet avec le principe de non-motivation des actes administratifs, la loi prévoit que les décisions défavorables ou dérogatoires devront désormais nécessairement être motivées c'est à dire comporter par écrit l'exposé des considérations de droit et de fait qui en constituent le fondement.

- CRAP, article art. L 211-1

L'obligation de motivation pose le problème des décisions implicites de rejet

- Selon cette règle, le silence gardé par l'administration pendant plus de deux mois vaut rejet de la demande.
 - Autrefois solution de principe, cette règle doit être désormais précisé par un texte (CRAP, art. L.231-1).
 - Mais les textes sont très nombreux à le prévoir malgré le principe nouveau selon lequel le silence vaut acceptation.
- Le législateur a imaginé un système ingénieux : l'administré qui se voit opposé une décision implicite de rejet dispose d'un délai de deux mois pour demander à l'administration la communication des motifs (CRPA, art. L232-4)
 - Ce système légal est renforcé chaque fois que l'obligation de motivation trouve son fondement dans un texte (règlement ou directive) européen.
 - La Cour de justice a jugé que l'obligation de motiver pesant sur l'administration, c'est à elle qu'il revient spontanément (et sans attendre une demande) d'adresser communication des motifs de la décision de rejet (CJCE 26 juin 2003 Commission c/ France rendu en matière de protection de l'environnement)
 - La solution a été reprise par le Conseil d'Etat (CE 18 juin 2017 Union des industries de protection des plantes en matière d'autorisation de mise sur le marché de produits phytosanitaires)

b) Le vice de procédure

Le vice de procédure est d'une nature différente. Il affecte le processus d'élaboration de la décision.

- De nombreux textes soumettent aujourd'hui les décisions administratives au respect d'obligations de procédure :
 - Telle l'obligation d'informer au préalable les intéressés.
 - Par exemple par le procédé de l'enquête publique pour les projets d'aménagement des sols (Code de l'Urbanisme) ou qui ont un impact sur l'environnement (Code de l'Environnement)
 - Telle l'obligation d'entendre les intéressés comme en matière disciplinaire
 - Ou encore l'obligation de prendre l'avis d'un organisme consultatif.
 - C'est la consultation qui est obligatoire pas l'avis
 - Quand l'administration est tenue par le sens de l'avis on parle d'avis conforme

Ces textes répondent au souci à la fois d'éclairer les autorités compétentes mais aussi de mieux prendre en compte les droits des administrés.

La jurisprudence peut poser d'elle-même des règles de procédures non prévues par les textes :

- ainsi de l'obligation faite à l'administration, sous la forme du principe général du droit des droits de la défense, de communiquer aux intéressés les griefs allégués contre eux avant de prendre toute mesure ne nature à leur créer un grave préjudice (Conseil d'Etat 5 mai 1944 Dame Veuve Trompier Gravier).

Au demeurant, il ne suffit pas que la procédure obligatoire ait été suivie,

Il faut d'abord qu'elle est portée sur tous les aspects de la décision

La décision ne peut comporter des points qui n'ont pas été soumis pour avis à l'organisme consultatif

il faut encore qu'elle ait été accomplie dans le respect des principes généraux du droit ou des prescriptions légales :

Ainsi sera jugée irrégulière la consultation d'un organisme administratif qui ne satisferait pas aux exigences du principe d'impartialité (Conseil d'Etat 1949 Bourdeaux, p. 188).

A noter : quand l'administration décide de suivre une procédure facultative, elle est tenue de la respecter dans tous ces éléments également

- Mais dans ce cas, elle peut cependant prendre une décision portant sur des éléments non soumis à la consultation (CE 2012 Soc. BT France)

B. Le contrôle de la légalité interne, conquête historique du recours pour excès de pouvoir

Au XIXe siècle, les limitations du contrôle de l'excès de pouvoir tiennent pour beaucoup à l'assimilation de ce nouveau recours (de nature objective) au recours en cassation, assimilation qui enferme le juge dans un contrôle purement formel de stricte légalité.

Ce n'est que progressivement par l'admission de nouveaux cas d'ouverture que le juge va se défaire de ce carcan pour s'intéresser au fond du droit, à la légalité interne des actes administratifs.

Deux types de moyens vont permettre au Conseil d'Etat de s'engager dans cette évolution vers le contrôle des motifs : le détournement de pouvoir et la violation de la loi

1 Le contrôle du détournement de pouvoir

Historiquement, c'est par le contrôle du détournement de pouvoir que le juge va aborder les questions de légalité interne. Le détournement de pouvoir est le vice qui affecte le but de l'acte.. La décision est illégale parce que prise dans un but autre que celui pour lequel elle pouvait l'être.

- Ces caractéristiques font qu'à l'origine le détournement a pu être assimilé au vice d'incompétence, ce qui a pu à l'évidence en faciliter l'admission.

Depuis le XIXe siècle et les arrêts Pariset et Laumonier-Cariol de 1875, la doctrine distingue deux hypothèses de détournement de pouvoir :

- Est d'abord entachée de détournement de pouvoir la décision prise dans un but étranger à l'intérêt public, celle qui poursuit des mobiles politiques ou qui cherche à satisfaire des intérêts privés.
 - Ainsi dans l'affaire Commune des Gets du 23 avril 1997, le Conseil d'Etat a jugé que la décision d'éloigner du centre-ville l'emplacement du marché forain était entachée d'excès de pouvoir, parce qu'elle avait pour but non de remédier aux difficultés de circulation mais de protéger les intérêts des commerçants de la localité.
- Est également entachée de détournement de pouvoir la décision prise dans l'intérêt purement financier de l'administration.
 - La chose est entendue depuis l'arrêt Beaugé de 1924 où le maire de Biarritz avait interdit aux baigneurs de se déshabiller ailleurs que dans les cabines payantes mises à leur disposition par la Commune.
 - Elle a encore trouvé à s'illustrer dans l'arrêt du 12 janvier 1994 Esvan où le Conseil d'Etat établit que la modification d'un plan d'urbanisme avait été décidée dans le seul but de faire baisser la valeur de terrains que la commune était contrainte d'acquérir (Conseil d'Etat, 12 janvier 1994 Esvan).

Ce contrôle des mobiles psychologiques a une portée générale et constitue un progrès important de l'Etat de droit; il reste malgré tout d'utilisation difficile,

- La preuve du détournement incombant au requérant.
 - Ainsi dans l'arrêt CE 1991 Amato, si le Conseil d'Etat a admis le détournement de pouvoir, c'est non seulement parce que le licenciement contesté ne reposait sur un motif illégal (insuffisance professionnelle non établie en l'espèce) mais surtout parce que

l'administration a fait part de ses coupables intentions : le nouveau maire ayant publiquement reproché à l'intéressé son appartenance politique.

- Le plus souvent cependant, le moyen du détournement de pouvoir est rejeté par le juge, faute pour l'instruction de pouvoir l'établir.

Avec le contrôle du détournement de pouvoir, le juge entreprend déjà, sans le dire expressément, de contrôler les motifs de l'acte.

- A travers le contrôle du but de l'acte, ce sont en réalité les motifs cachés et inavouables de l'acte qui se trouvent censurer par le juge.
 - Hauriou y voyait ainsi une sorte de contrôle de moralité ; parce que les motifs censurés par le détournement de pouvoir sont inadmissibles au regard des missions d'intérêt général dont l'administration a la charge.
- Ces vices sont tellement inadmissibles
 - qu'ils ont pu être un moment assimilés au vice d'incompétence (d'où l'accueil dès le XIXe siècle de ce cas d'ouverture)
 - et qu'ils justifient encore aujourd'hui un cas d'ouverture particulier, permettant justement de stigmatiser le comportement de l'administration (alors que techniquement l'acte pourrait être sanctionné sur la base de l'erreur de droit...)

2) Le contrôle de la violation de la loi

Apparemment c'est le vice le plus frustré. Le juge se borne à vérifier que le contenu de la décision n'est pas contraire aux normes qui lui sont supérieures. Pourtant, c'est sur ce fondement que le juge va élargir son contrôle pour y inclure la manière dont l'administration applique la loi au cas d'espèce c'est-à-dire la manière dont elle interprète les textes et les faits .

a) La violation directe de la loi

La diversification des sources du droit tend à multiplier les normes de référence dont le respect s'impose à l'administration. Une difficulté consiste ainsi à déterminer quels sont les textes qui s'appliquent. Mais pour le reste, le juge se borne ici à vérifier si l'administration n'a pas méconnu les obligations posées par la règle supérieure.

La difficulté viendra aussi de ce que la portée de la norme de référence peut impliquer plutôt un rapport de conformité ou plutôt un rapport de compatibilité (par exemple en matière d'urbanisme ou d'aménagement).

Au titre de la violation de la loi, le juge censure les textes inintelligibles

Mais il peut opter parfois pour une interprétation correctrice

C'est toutefois de l'extension de ce cas d'ouverture qu'allait naître au début du siècle dernier le contrôle des motifs, le juge vérifiant alors non seulement la conformité de la solution retenue mais encore la rectitude du raisonnement juridique tenu par l'auteur de l'acte attaqué.

b) La violation indirecte de la loi : le contrôle du raisonnement juridique tenu par l'administration

Le contrôle de la violation de la loi a en effet amené le juge à embrasser toutes les hypothèses de violation indirecte : celles où l'illégalité est plus difficile à saisir parce que la règle n'a pas été frontalement méconnue mais seulement mal interprétée ou mal appliquée. Du dispositif de la décision, l'examen de la légalité remonte ainsi jusqu'à ses motifs

Le recours pour excès de pouvoir change alors de fonction : de la théorie du scandale, on n'est passé à celle de « la régulation » de l'action administrative

- Et Raphaël Alibert d'observer « le Conseil d'Etat est arrivé de la sorte à s'attribuer des pouvoirs d'investigation sur le fond et sur les faits, de telle sorte que l'on doit regarder comme entaché d'excès de pouvoir tout acte qui est juridiquement critiquable » (Le contrôle de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, 1927).

Toute la construction jurisprudentielle de l'excès de pouvoir implique que le juge connaisse les motifs qui servent de fondement aux décisions attaquées devant eux

3) *Le contrôle des motifs*

Le contrôle des motifs porte à la fois sur les motifs de droit et les motifs de fait retenus par l'administration.

Les motifs de l'administration sont parfois difficiles à appréhender. Le juge dispose d'utile relais

- L'obligation de motivation expresse, parfois imposée par les textes, peut ainsi l'aider à connaître les motifs qui ont animé l'administration
- Mais d'une manière plus générale, le juge dispose de pouvoirs de nature inquisitoriale lui permettant d'obtenir des autorités compétentes toutes les informations utiles à la détermination des motifs (Conseil d'État, Ass. 28 mai 1954 Barel) même quand l'administration a agi au titre d'une compétence discrétionnaire.

Au titre du contrôle des motifs, le juge sanctionne l'erreur de droit et l'erreur de fait

a) L'erreur de droit

Elle consiste à donner à une décision administrative un fondement textuel erroné.

Plusieurs cas de figure peuvent ainsi être envisagés.

L'erreur de droit peut résulter d'abord de l'application d'une norme illégale.

Par exemple CE 5 mai 1995 Ministre de l'Équipement, des transports et du Tourisme c/ Sarl DER, 1

En l'espèce, l'administration s'était appuyée sur des circulaires ministérielles pour appliquer à certains véhicules achetés d'occasion dans un État de la Communauté un barème fiscal supérieur aux véhicules similaires achetés en France.

Le Conseil d'État devait annuler cette décision pour défaut de base légale dans la mesure où les circulaires invoquées par l'administration à l'appui de la décision attaquée étaient incompatibles avec le principe de non-discrimination contenu à l'article 95 du Traité communautaire.

Dans d'autres cas, l'erreur de droit consistera dans une mauvaise interprétation de la loi.

Il pourra s'agir d'une mauvaise interprétation de son champ d'application : l'administration fonde une décision sur un texte qui a un tout autre objet.

CE 20 juillet 1988, le ministre s'était ainsi fondé sur une disposition de loi interdisant toute possibilité de révision des pensions pour refuser une demande de report de mise à la retraite (Rec. p. 298).

Le moyen tiré de l'erreur dans le champ d'application de la loi est un moyen d'ordre public

Il pourra s'agir encore d'une mauvaise appréciation de la portée juridique du texte :

comme ce Président d'université qui se fondant sur la loi sur l'enseignement supérieur subordonne l'inscription des étudiants en première année à un certain nombre de critères et qui tire la conséquence erronée que la loi lui permet d'organiser une sélection à l'entrée (Conseil d'État 27 juillet 1990 Université Paris-Dauphine).

b) L'erreur de fait

Le raisonnement mis en œuvre par l'administration ne se borne pas à interpréter le contenu des dispositions en vigueur.

Pour savoir quelle décision elle est en mesure de prendre, l'autorité compétente doit aussi –et même au préalable– vérifier que les pouvoirs que la loi lui reconnaît concernent bien la situation de faits qu'elle entend régir. A défaut, elle commettrait une erreur de fait.

Ce contrôle de l'erreur de fait a été le plus long à se mettre en place.

En effet, l'idée a longtemps prévalu que l'appréciation des faits relevait du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Mais avec les progrès du contrôle juridictionnel, l'avènement du régime parlementaire et l'institution de la justice déléguée, cette idée allait faire long feu ; tant l'examen du droit va se révéler comme indissociable de celui des faits, parce que la fonction d'exécution des lois dévolue à l'administration consiste précisément à faire application d'une règle générale abstraite à un cas concret.

Le contrôle de l'erreur de fait porte à la fois sur l'exactitude matérielle des faits et leur qualification juridique :

Le juge contrôle d'abord l'existence ou l'exactitude matérielle des faits invoqués par l'administration à l'appui de sa décision. Ce contrôle est pratiqué par le juge en toute circonstance même quand la loi laisse à l'administration une grande liberté d'appréciation : en aucun cas, l'administration ne peut fonder sa décision sur du vide, sur une présentation erronée des faits ou sur des faits insuffisamment établis.

- C'est la célèbre affaire Camino du 14 janvier 1916 qui a consacré définitivement ce cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir. Un maire avait été révoqué pour ne pas avoir veillé à la décence d'un convoi funéraire : il lui était reproché d'avoir fait passer le cercueil par une brèche du mur d'enceinte du cimetière et d'avoir fait creuser une fosse trop petite. Le Conseil d'Etat va annuler cette révocation en estimant que les pièces versées au dossier ne permettent d'établir la véracité des faits reprochés (GAJA n°32).
- Ce contrôle est d'une importance capitale et conduit le juge à mobiliser son pouvoir d'instruction pour vérifier les faits contestés par les parties au procès
 - A défaut pour l'administration de communiquer les éléments probants, pièces et documents, réclamés par le juge, le Conseil d'Etat considère que les allégations des requérants doivent être regardées comme établis
 - CE 1954 Barel à propos de candidats au concours de la magistrature écartés, contrairement aux dires du Ministre, pour motifs politiques.
 - Dans certaines affaires liées à la lutte contre le terrorisme, il est reproché au juge d'en rester aux faits tels que présentés par l'administration dès lors qu'ils font l'objet d'une présentation circonstanciée(CE 11 décembre 2015 Domenjoud)
 - A propos des notes blanches tenues par les services de renseignements et utilisés pour justifier les décisions de police adoptées contre de personnes présentées comme liées à la mouvance terroriste.

Plus intéressant au plan du raisonnement juridique et plus subtil est le contrôle par le juge de la qualification juridique des faits : il permet au juge de vérifier si matériellement exacts, les faits invoqués par l'administration sont de nature à justifier la décision contestée.

C'est le raisonnement de l'administration qui se trouve ainsi disséqué.

Le célèbre arrêt Gomel du 4 avril 1914 qui inaugure ce type d'examen de la légalité fournit un exemple particulièrement éclairant de ce mode de raisonnement. L'administration avait rejeté une demande de permis de construire en bordure de la place Beauvau à Paris au motif, comme la loi lui permettait, que la construction porterait atteinte à une perspective monumentale. L'office du juge consiste alors à reprendre le raisonnement de l'administration est à vérifier d'une part si la place Beauvau constitue une perspective monumentale et d'autre part si la construction projetée est de nature à lui porter atteinte. Et c'est parce qu'en l'espèce, la place Beauvau ne pouvait être regardée comme une perspective monumentale au sens de la loi que le Conseil d'Etat allait prononcer l'annulation du refus contesté. La Place Beauvau constituant une perspective monumentale, le juge aurait pu tout aussi bien annuler l'acte en considérant que la construction projetée n'y porterait pas atteinte (GAJA n°31 ;GDDA, p. 743).

Le contrôle de la qualification juridique des faits occupe en pratique une place très importante. L'immense majorité des textes qui attribuent des pouvoirs de décision à l'administration subordonne leur exercice à une condition légale c'est à dire à une notion juridique plus ou moins précise qu'il s'agit pour le juge de confronter avec les données de faits de chaque espèce.

La législation sur le cinéma offre un exemple intéressant de l'opération de qualification juridique.

Dans l'arrêt Association Promouvoir du 30 juin 2000, le Conseil d'Etat était saisi d'un recours contre le visa d'exploitation en salles accordé au film « Baise-moi » par le Ministre de la Culture. Le visa d'exploitation avait été assorti d'une interdiction de représentation aux mineurs de moins de seize ans, mais les auteurs de la requête prétendaient, qu'en raison de son caractère pornographique, le film aurait dû être également interdit aux mineurs de moins de dix-huit ans. Le règlement du litige supposait donc pour le Conseil d'Etat de se prononcer sur la qualification juridique dont relevait le film et plus précisément à savoir si ce film constituait « un message pornographique ou d'incitation à la violence » de nature à entacher d'illégalité l'autorisation accordée par l'Administration.

Or la difficulté venait de ce que la loi ne donnait aucune définition légale de la notion de « film pornographique ou d'incitation à la violence ». Il appartenait dès lors au Conseil d'Etat de préciser le contenu de cette notion ; et à partir du sens retenu de déterminer si cette qualification pouvait être appliquée au film en cause. Comme le laisse apparaître la rédaction de l'arrêt, deux critères ont servi au juge pour établir l'existence d'un film pornographique : la présence de scènes de sexe non simulées, d'une part et l'intention du réalisateur, la qualité artistique du film, d'autre part. En l'espèce, c'est parce que l'ensemble du film ne révélait pas l'intention du réalisateur de dénoncer la violence faite aux femmes que le Conseil d'Etat a jugé que l'accumulation de scènes de grande violence et de scènes à caractère sexuel non simulées conférait à l'œuvre un caractère pornographique qui justifiait son interdiction aux mineurs de moins de dix-huit ans (AJDA 2000, p. 674, chron. MM. Guyomar et Collin, p. 609)

Le déchaînement médiatique qui a suivi l'arrêt du Conseil d'Etat, les divergences de vue entre le Conseil d'Etat et le commissaire du gouvernement qui jugeait qu'au total les qualités artistiques du film devaient l'emporter suffisent à montrer que l'opération de qualification juridique des faits n'est jamais totalement neutre, qu'elle laisse au juge, compte tenu de l'indétermination des notions légales, une grande part d'appréciation subjective. Qualifier revient souvent à créer du droit en donnant à une règle à une notion une portée juridique jusqu'alors largement indéterminé.

§. 2 Le juge de l'excès de pouvoir a une conception réaliste de l'illégalité

Le juge administratif ne fait pas une application mécanique du principe de légalité. En ce sens, tous les vices susceptibles d'affecter la légalité d'une décision administrative n'entraînent pas systématiquement son annulation.

Juge administrateur autant que gardien de la légalité, le Conseil d'Etat veille à préserver l'efficacité de l'action administrative dès lors que l'administration s'il annulait pourrait reprendre la même décision régularisée

- Il lui arrive ainsi de fermer les yeux sur certaines irrégularités, de les couvrir, considérant qu'elles n'atteignent pas au fond la légalité de la décision attaquée
- Mais le juge peut même aller parfois plus loin : des décisions illégales au fond, parce qu'elles s'appuient sur des motifs erronés, peuvent alors paradoxalement se trouver régulariser à la suite de l'intervention du juge.

A. Le juge administratif ne censure pas toutes les irrégularités de forme et de procédure

Les vices de forme et de procédure soulèvent dans le contentieux administratif un problème particulier

- Ils ne concernent pas le contenu même de la décision
 - Alors même que le requérant qui les soulève cherche à obtenir l'annulation d'une décision qui lui fait grief à raison de son contenu
 - De sorte, la décision entachée d'irrégularités peut être valide au fond
- Ils n'interdisent pas l'administration de reprendre l'acte annulé (c'est-à-dire avec le même contenu)
 - Dès lors qu'elle respecterait les formalités prescrites

L'ensemble de ces considérations pousse le juge à neutraliser certains vices mais également (seconde hypothèse) à prendre en compte les circonstances dans l'appréciation du respect par l'administration de ces obligations.

1) La neutralisation de certains vices de forme et de procédure

Sur ces questions, la jurisprudence du CE a été précisée par l'arrêt Danthony en 2011 qui fixe à l'adresse des juges du fond un certain nombre de directives de manière à éviter des annulations inutiles ou purement formelles.

- Cet arrêt délivre ainsi une sorte de mode d'emploi aux juges du fond
- La doctrine a parlé de « danthonysation »

La « danthonysation » des vices des procédures (a) repose le plus souvent sur une appréciation in concreto des circonstances de l'espèce qui reste difficile à systématiser (b). Elle vient formaliser une politique jurisprudentielle du CE tendant de manière plus générale à la disqualification progressive des vices de procédure.

a) La « danthonysation » des vices de procédure

L'arrêt Danthony est une réponse à l'évolution des textes juridiques et à l'accroissement du formalisme juridique

Les législations récentes ont tendance à multiplier les obligations de forme ou de procédure notamment consultatives dans l'élaboration des actes administratifs à la charge des autorités administratives

- soit à des fins de preuve
 - soit à des fins d'information
 - soit pour s'assurer de la protection des droits des administrés.
- La plupart de ses obligations sont prescrites à peine de nullité.

Dans l'absolu, l'examen des moyens d'illégalité externe de forme et de procédure paraît ne devoir poser aucun problème.

- La question étant a priori simple à résoudre à la différence des questions de fond.
- Elle est ainsi de savoir si les formes ou la procédure ont été ou non suivies
- Ce qui pourrait laisser croire à un scrupuleux contrôle de conformité juridique purement mécanique :

En fait, il n'en est rien la jurisprudence administrative se refuse à enfermer l'administration dans un formalisme étroit et pointilleux. Le Conseil d'Etat n'hésite pas à faire le tri entre les prescriptions légales

- Dans son Rapport public adopté par l'Assemblée générale le 12 mai 2011, « Consulter autrement. Participer effectivement » le Conseil d'Etat avait ainsi dénoncé le « formalisme minutieux » auquel se heurterait l'administration et le risque d'« insécurité juridique » qui en résulterait,

Or, depuis toujours la jurisprudence distingue ainsi entre les vices substantiels et les vices non substantiels.

- Cette distinction qui reposait sur l'objet de la règle de procédure était d'un maniement délicat
 - Elle amenait le juge à se prononcer un peu abstraitement en fonction de

l'importance supposée de la règle de procédure

- Le Rapport du CE de 2011 devait préconiser la mise en œuvre d'une conception plus réaliste de la portée des irrégularités susceptibles d'invalider les décisions

En suivant, le Conseil d'Etat a cherché par l'arrêt *Danthony* rendu en Assemblée du contentieux le 23 décembre 2011 à résoudre ces difficultés : c'est à la fois une carte et un signal

- La carte (ou la boussole) : il s'agit clarifier le régime des vices de forme et de procédure susceptibles d'entraîner l'annulation en proposant des **critères plus clairs** que la notion de formalités substantielles
- Le signal : il s'agit d'inciter les juges du fond à n'annuler les actes administratifs pour violation des formes et des procédures que dans les cas qui en valent vraiment la peine au regard du coût social ou financier que peut représenter l'annulation d'un acte administratif

L'arrêt retient ainsi une formule négative et restrictive pour définir les vices susceptibles d'entraîner l'annulation

- « 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.

La jurisprudence s'intéresse donc aux effets des irrégularités

- Soit l'irrégularité a eu pour effet de priver les intéressés d'une garantie
 - Par exemple CE 23 déc. 2011 Danthony : défaut de consultation des comités technique paritaires (où sont représentés l'ensemble des personnels) concernant la fusion de deux établissements d'enseignement supérieur
- Soit l'irrégularité a exercé une influence sur le sens de la décision prise
 - Par exemple : les informations mises à la disposition du public lors d'une enquête publique étaient insuffisantes, l'avis de la commission d'enquête a été privé d'effet utile (CE 15 avril 2016 FNAUT) et n'a pas pu correctement éclairer l'autorité compétente
 - Par exemple, la présence irrégulière, lors du vote de la commission administrative paritaire (prévue par le droit de la fonction publique en cas de sanction) du supérieur hiérarchique de l'agent (qui a demandé la sanction), est de nature à exercer une influence sur le sens de la décision prise
- A défaut, le constat de l'irrégularité n'entraînera pas l'annulation de l'acte

b) Les conditions de la « Danthonysation » des vices de forme et de procédure.

La question de savoir à quelles conditions une procédure constitue une garantie auquel le requérant aurait droit est l'une des plus discutées.

- Une partie de la doctrine soutient que pour être susceptible d'entraîner l'annulation de l'acte attaqué la procédure dont le requérant invoque la violation doit avoir pour objet d'assurer la protection d'un droit fondamental
 - Plusieurs arrêts illustrent cette condition
 - CE 2011 Danthony : annulation car l'irrégularité affectant le décret créant par regroupement d'établissements déjà existant l'Ecole normale supérieure de Lyon concerne une commission (le comité technique paritaire de chaque établissement) dont la consultation obligatoire est fondée sur **le principe tiré du Préambule de**

1946 de participation des travailleurs aux décisions intéressant leurs conditions d'emploi

- CE 29 janvier 2019 Marineland : annulation car l'acte méconnaît une procédure organisant la participation du public à l'égard des décisions intéressant et qui est fondée sur la **Charte de l'Environnement**
- CE 26 juillet 2012 Association Promouvoir : Défaut de consultation d'une commission destinée à s'assurer du respect de **la liberté d'expression**
 - Police du cinéma / vice concernant la commission chargée de rendre un avis sur les restrictions à l'exploitation des films en salle
- CE, 20 novembre 2013, Commune de Royère-de-Vassivière (Creuse) : annulation car violation d'une procédure destinée à protéger **le droit de propriété**
 - En l'espèce mise en demeure obligatoire des propriétaires voisins afin de les informer du projet de cession par la commune d'un chemin rural

Dans le même ordre d'idées constituent une garantie, les procédures fondées ...

- sur **le respect des droits de la défense**
 - Ainsi en matière disciplinaire, l'institution du conseil de discipline ou la communication du dossier (31 janvier 2014/ n°369718)
 - Ou en matière de poursuites fiscales
- Sur le principe d'égalité d'admissibilité des candidats aux emplois publics
 - A propos de la consultation des comités de sélection pour le recrutement des enseignants chercheurs
- Sur la protection de la langue française
 - L'usage du tahitien lors de l'adoption des lois de pays a privé les membres de l'assemblée d'une garantie : affaire Mme Clark (CE 13 juin 2013, n° 361767)

Mais cette approche n'est pas générale

- Par exemple, lors de la conclusion d'un bail emphytéotique administratif, l'absence d'avis de l'administration des domaines n'est pas un vice de procédure (CE 23 nov. 2015 Sté CFA Méditerranée, conclusions contraires) alors même que le contrat conclu pour une durée de 70 ans met en jeu la protection de la propriété publique est une exigence de valeur constitutionnelle.
- En matière de santé publique, il a été jugé que l'absence de consultation de l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments sur des mesures encadrant l'utilisation de produits phytosanitaires ne devait pas entraîner l'annulation de la décision alors même que le droit à la protection de la santé est consacré par le Préambule de la Constitution 1946 (CE 23 juill. 2012, n° 341726, Association générale des producteurs de maïs,

En revanche, le juge ne fait de différences entre les différents types de bénéficiaires de la garantie : ce que l'arrêt Danthonny désigne comme étant les personnes intéressées)

- Ce sont d'abord les destinataires de la décision
 - le contribuable poursuivi, le fonctionnaire sanctionné, le candidat écarté, le titulaire d'un permis retiré
- Mais aussi les tiers affectés par la décision
 - Le public dans les enquêtes publiques
 - Les propriétaires voisins
- Il peut même s'agir des auteurs de la décision collégiale (en particulier les membres de l'assemblée délibérante)

De la même manière, la violation de la procédure ou des formes peut être directe comme indirecte

- Directe: la procédure prévue n'a pas été suivie
- Indirecte : la manière dont la procédure a été organisée est telle qu'elle a été privé d'effet utile
 - En ce sens, CE 12 juillet 2019 Fédération nationale de la chasse

- Annulation d'un arrêté interministériel signé avant que les résultats de la participation du public en matière environnementale aient pu être prise en compte par l'administration
- Le CE juge que la procédure a été privée d'effet utile
 - En l'espèce, le code de l'environnement fixait un délai minimum (non respecté) entre la fin de la consultation et la décision

En dépit de ces différents éléments, la protection des obligations de procédure constituant une garantie pour les intéressés est cependant à géométrie variable. La grille d'analyse proposée par l'arrêt Danthony est impuissante à éliminer toute part laissée à l'appréciation du juge

Le juge cherchant comme auparavant à faire primer une approche réaliste : les circonstances de l'espèce qui par définition varient d'une affaire à l'autre sont décisives.

c) La part laissée à l'appréciation du juge.

La jurisprudence Danthony n'a pas réglé toutes les difficultés car elle laisse une large place au pouvoir d'appréciation du juge et repose à ce titre sur une sorte de casuistique qui n'offre pas de prévisibilité juridique.

Ainsi toutes les procédures et formes ne bénéficient pas de la même protection

- Certaines garanties paraissent intangibles et donc nécessairement sanctionnées quelles que soient les circonstances de l'espèce
 - C'est le cas des procédures disciplinaires : CE 2012 Sarrazin à propos des irrégularités concernant le fonctionnement des conseils de discipline
 - Sauf à invoquer une irrégularité qui n'a pas altéré la procédure disciplinaire
 - Ainsi à propos du fonctionnement des conseils de discipline, le CE juge que la lecture du rapport en séance ne peut être regardée, en elle-même, comme une garantie dont la seule méconnaissance suffirait à entacher d'illégalité la décision prise à l'issue de la procédure.
 - En effet, le Conseil d'État considère que la communication du rapport, en temps utile avant la séance, à l'agent et aux membres du conseil satisfait aux fins en vue desquelles sa lecture a été prévue, notamment au respect des droits de la défense (CE, 12 février 2014, n° 352878).

D'autres violations sont laissés à l'appréciation in concreto du juge qui ne censure le manquement que s'il est suffisamment important et en particulier s'il a exercé une influence sur la décision prise :

Ce qui montre que les deux hypothèses visées par l'arrêt Danthony ne constituent pas deux conditions distinctes mais sont fongibles

- CE 24 mars 2014 Cne de Luc en Provence (retrait d'un permis de construire sans respect de l'examen contradictoire prévu par la loi pour autant l'intéressé a pu faire connaître par d'autres moyens ses observations)
- CE 17 mars 2016 Fisel (Livre des procédures fiscales / obligation de faire connaître au contribuables l'origine des renseignements utilisés contre lui. En l'espèce, le juge relève que le contribuable connaissait nécessairement la teneur du renseignement)

Le contentieux de la fonction publique donne des illustrations intéressantes de la subtilité et du pragmatisme de la jurisprudence Danthony

- Ainsi quand les textes prévoient un délai de communication de documents
 - Par exemple, en cas de non-respect du délai fixé par la loi pour communiquer au comité technique les documents sur lesquels son avis est sollicité, le juge examine, au regard notamment du contenu des débats portés au procès-verbal, si les membres du comité ont été à même d'exprimer leur opinion sur l'ensemble des questions soulevées par le texte soumis pour avis.

- Si c'est le cas, le juge considère que les membres du comité technique n'ont pas été privés d'une garantie, et ce, quand bien même le délai de communication des documents n'a pas été respecté. CE 27 avril 2012 348637

• Ainsi en cas d'irrégularité dans la composition de la commission administrative paritaire saisie en cas de refus de titularisation d'un agent, le juge va tenir compte du sens de l'avis rendu par la CAP.

- En cas d'avis défavorable de la CAP concernant un refus de titularisation, l'irrégularité de sa composition n'a pas privé l'intéressé d'une garantie et n'est pas susceptible d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise par l'autorité territoriale

- En revanche, en cas d'avis favorable la présence, lors du vote de la CAP, du supérieur hiérarchique de l'agent, de la directrice des ressources humaines et du directeur général des services, est de nature à exercer une influence sur le sens de la décision prise, et ce d'autant plus que la supérieure hiérarchique avait fait savoir qu'elle était défavorable à la titularisation, et alors même que l'administration soutient que ces trois personnes n'ont pas participé au vote.

d) L'arrêt Danthony, élément d'une politique jurisprudentielle plus large tendant à la dévalorisation du vice de procédure

C'est d'une manière plus générale que le Conseil d'Etat tend à sécuriser les actes administratifs à l'égard des vices de procédures qu'ils comportent :

CE 2018 Fédération CFDT des finances et des affaires économiques

- Le Conseil d'Etat juge que les vices de procédure ne peuvent être invoqués que dans le cadre d'un recours exercé directement contre l'acte réglementaire entaché en conséquence d'irrégularité.
- Mais une fois le délai de recours contentieux a expiré, les vices de procédure ne sont plus susceptibles d'être invoqués devant le juge administratif
 - Ni dans le cadre d'une exception d'illégalité soulevé à l'occasion d'un recours contre une décision faisant application de l'acte réglementaire irrégulier.
 - Ni lors du recours exercé contre un refus d'abroger un acte réglementaire illégal (en vertu de la jurisprudence Alitalia).
- Cette décision est d'autant plus critiquable que le juge ne reproduit pas le raisonnement de l'arrêt Danthony et que passé le délai de recours ce sont tous les vices de procédure quelle que soit leur portée qui ne peuvent plus être invoqués .

2) La prise en compte des circonstances de l'espèce dans l'appréciation par l'administration du respect de ses obligations de procédure

Il existe plusieurs constructions jurisprudentielles en ce sens

La doctrine évoque d'abord l'existence d'une théorie des formalités impossibles

Cette théorie n'a jamais été explicitée le Conseil d'Etat. Il est assez difficile d'en définir les contours (S.Saunier, RFDA 2020). La théorie des formalités impossibles correspond en fait à un ensemble d'hypothèses où le juge va accepter de couvrir une irrégularité de forme ou de procédure (substantielle au sens où dans le cadre de l'arrêt Danthony elle devrait conduire à l'annulation), jugeant qu'en l'espèce l'administration s'est heurtée à une situation qui rendait le respect de la règle matériellement impossible.

Cette théorie est régulièrement invoquée par l'administration

- C'est donc à l'administration d'apporter la preuve de l'impossibilité matérielle à laquelle elle s'est heurtée
- Et le juge vérifiera avant d'admettre l'impossibilité de la procédure que l'administration a procédé à toutes les diligences nécessaires.

En ce sens, CE 5 février 2021, req. 434659, C.B c/ directeur interrégional des services pénitentiaires de Paris.

- Il résulte du code de procédure pénale que la présence dans la commission de discipline d'un assesseur choisi parmi des personnes extérieures à l'administration pénitentiaire, alors même qu'il ne dispose que d'une voix consultative, constitue une garantie reconnue au détenu, dont la privation est de nature à vicier la procédure (Danthony).
- A ce titre, il appartient à l'administration pénitentiaire de mettre en oeuvre tous les moyens à sa disposition pour s'assurer de la présence effective de cet assesseur, en vérifiant notamment en temps utile la disponibilité effective des personnes figurant sur le tableau de roulement prévu.
- Si, malgré ses diligences, aucun assesseur extérieur n'est en mesure de siéger, la tenue de la commission de discipline doit être reportée à une date ultérieure, à moins qu'un tel report compromette manifestement le bon exercice du pouvoir disciplinaire

On le voit le juge fait une application prudente de cette théorie ne la faisant jouer en l'espèce qu'en dernière analyse.

Plusieurs types de circonstances se prêtent à ce que le juge ne tienne pas rigueur à l'administration du non respect d'une règle de procédure.

- L'obstruction de l'intéressé qui ne se rend pas à sa convocation devant le conseil de discipline lequel dans ces conditions ne pourra siéger ou encore l'obstruction des membres d'un organisme consultatif qui refusent de siéger ou d'examiner un projet
 - CE 13 décembre 2017 Président du Sénat : est légale la nomination par le Président de la République du Président de la commission sur les question électorales prévue à l'article 23 de la Constitution sans que l'avis de la commission des lois du Sénat n'ait été recueilli ; dès lors que la commission des lois a refusé de siéger et d'auditionner le candidat pressenti.
- L'inadaptation de la procédure devenue inapplicable à la suite d'un changement de la législation voire de son obscurité.
 - Impossibilité de consulter une commission qui a été supprimée par un autre texte
 - Impossibilité de consulter une commission qui n'a pas encore été mise en place
 - Soit parce que la loi vient d'en changer la composition et que l'élection des membres n'a pas encore eu lieu
 - Soit parce qu'en raison d'interprétations jurisprudentielles divergentes l'autorité compétente n'a pas institué une commission qu'elle estimait non obligatoire
 - CE 28 février 2020 Evêque de Metz à propos du licenciement d'un employé de l'évêché intervenu en 2015 sans la consultation d'une commission paritaire comme l'exige le décret du 17 janvier 1986 sur les agents de l'Etat applicables aux personnels des menses épiscopales ainsi qu'en a jugé le Conseil d'Etat dans un arrêt de 2016.
 - En l'espèce, le CE juge contrairement au rapporteur public qu'il ne peut être reproché à l'évêché de ne pas avoir appliquée une règle dégagée tardivement par le Conseil d'Etat et ignorée par toutes les juridictions de fond à l'époque des faits.
 - L'organisme consultatif existe mais ne peut fonctionner en raison de difficultés non imputables à l'administration

- Absence de candidat lors des élections pour désigner le représentant du personnel à une commission paritaire.

Les fondements de la théorie des formalités impossibles sont assez énigmatiques dans la mesure où le Conseil d'Etat n'en donne aucune précision et que les auteurs eux en donnent plusieurs justifications qui se complètent plus qu'elles ne s'opposent eu égard à la grande diversité des hypothèses rencontrées

- Certains auteurs évoquent le principe de continuité de l'Etat ou des services publics dès lors que le juge cherche à ce que l'action de l'administration ne soit pas bloquée par une formalité matériellement impossible à satisfaire.
- D'autres y voient une transposition dans le champ de la procédure administrative de la théorie de la force majeure (Conclusions Braibant, CE 13 juillet 1965 Ministre PTT c Merking) : l'administration se trouvant exonérée du respect de la procédure
- Enfin, quelques affaires montrent des liens avec la théorie des circonstances exceptionnelles dès lors que c'est par exemple la situation de la guerre qui a rendu impossible la réunion de l'organisme dont la loi exigeait la consultation.

La jurisprudence sur les formalités impossibles doit être distinguée d'hypothèses où le juge considère que la procédure exigée par la loi s'est avérée inutile dans le cas d'espèce. (CE 2 mai 1990 Chabert :

- Est jugé inutile le respect de la procédure imposée par les textes dès lors que l'administration en l'espèce a suivi **une autre procédure, mais qui offre des garanties équivalentes**, en ce sens qu'elle permet à l'autorité compétente de se prononcer en toute connaissance de cause dans le respect des droits de l'intéressé.

La jurisprudence n'exige donc pas de l'administration qu'elle se plie à des formalités inutiles ou impossibles. Elle se veut pragmatique et réaliste

A ce titre le Conseil d'Etat accepte encore **la motivation par référence**

- L'hypothèse est celle où l'autorité compétente rend une décision défavorable non motivée mais précédée de l'avis d'un organisme consultatif qu'elle s'est borné à suivre et dont l'intéressé a eu communication.
- La solution admise en cas de décision expresse de rejet (CE 23 février 2011 Soc. Biogaran a été étendue aux décisions implicite de rejet (CE 17 novembre 2017 Laboratoire Abbvie)
 - Ce qui est assez contestable dès que la décision implicite de rejet est une fiction juridique destinée à faire courir le délai de recours
 - On aurait pu voir dans le silence gardé par l'administration (c'est souvent le cas en pratique) une renonciation de l'autorité compétente (se retranchant derrière l'avis négatif de l'organe consultatif) à exercer sa compétence.

Le juge ne lui impose pas non plus de respecter des contraintes qui l'empêcheraient de faire face aux nécessités de l'action.

- Selon une construction jurisprudentielle que l'on a déjà rencontrée, l'urgence peut dispenser l'administration de respecter les formes et les procédures légalement prescrites.

B. Le juge administratif peut parfois régulariser des actes illégaux au fond.

Le souci de réalisme amène la jurisprudence administrative à maintenir en vigueur certains actes illégaux dès lors qu'il lui apparaît que l'administration devra, malgré l'annulation, reprendre une décision au contenu identique à celle censurée par le juge.

Plusieurs techniques éprouvées, à défaut d'être toujours approuvées par la doctrine, laquelle suspecte le juge de substituer son appréciation à celle de l'administration, permettent ainsi au Conseil d'Etat de faire l'économie d'annulations inutiles qui n'aboutiraient au total qu'à retarder ou paralyser l'action de l'administration.

1) La neutralisation des motifs illégaux paraît constituer la technique de régularisation la plus souple. Inaugurée en 1968 par l'arrêt *Ministre de l'Economie et des Finances c/ Mme Perrot* (Ass. 12 janvier 1968, conclusions Khan, AJDA 1968, p. 179)

Cette technique de contrôle consiste pour le juge de l'excès de pouvoir, comme dans l'affaire CE 27 novembre 1996 *Ligue islamique du Nord*, à ne s'appuyer, en cas de pluralité de motifs avancés par l'administration pour justifier sa décision, que sur les motifs valables.

- Le juge va ainsi volontairement ignorer les motifs illégaux : il considère en effet que l'administration aurait pu prendre la même décision si elle ne s'était fondée que sur les motifs légaux ; qu'en conséquence l'erreur de droit tirée de ce que **le port du foulard islamique** peut justifier une exclusion n'a pas suffi à entacher d'illégalité la décision attaquée dans la mesure où **le comportement perturbateur** des lycéens justifiait à lui seul la mesure d'exclusion prononcée.

Cette technique n'est cependant pas dénuée de toute ambiguïté : elle peut inciter l'administration à multiplier les motifs à l'appui de ses décisions, espérant ainsi que quelques-uns d'entre eux lui permettront d'échapper à la censure du juge.

Dans le domaine des sanctions, elle pose une difficulté supplémentaire, elle amène le juge à savoir si l'autorité compétente aurait pris la même sanction si elle ne s'était appuyée que sur les seuls motifs avérés. Ce qui est de l'ordre de l'appréciation subjective

En ce sens, CE 19 décembre 2019 *Sieczkowski-Samier* où le CE a eu à connaître d'un décret du Président de la République prononçant la révocation d'un maire (élu à 22 ans... la valeur n'attend pas le nombre des années).

- Le décret retenait trois griefs à l'appui de la révocation
 - La décision du Conseil constitutionnel déclarant le maire inéligible pour infraction à la législation sur les dépenses de campagne
 - L'ouverture contre le maire de plusieurs mises en examen à raison de délits commis à l'occasion de ses fonctions (prise illégale d'intérêts, détournement de fonds publics et délit de favoritisme)
 - Les refus répétés du maire et établis par la Chambre régionale des comptes de suivre les règles budgétaires ou applicables aux marchés publics
- Le CE va considérer que les mises en examen ne pouvaient pas servir de fondement à la révocation dès lors que les poursuites pénales étaient encore à l'instruction et que le maire n'avait pas fait l'objet de condamnations définitives. Pour autant, il va juger la mesure légale dès lors que les deux autres motifs non seulement étaient de nature à justifier la révocation mais par leur gravité laissaient penser au juge que le Président de la République aurait pris la même mesure

2) Plus audacieuse encore est la technique de la substitution de motifs.

Ce procédé consiste pour le juge en présence d'un motif illégal à rechercher si l'administration ne pouvait pas s'appuyer sur d'autres motifs pour justifier légalement sa décision.

Comme l'expliquait le commissaire du gouvernement Josse dans l'affaire *Augier* de 1934, ce pouvoir de régularisation n'est envisageable que dans l'hypothèse où l'administration n'est pas maîtresse de sa décision, mais qu'au contraire la loi lui commande de prendre une décision dans un sens donnée.

En d'autres termes, l'administration a pris la seule décision possible mais elle n'a pas su correctement la justifier. Le juge se borne alors à corriger le raisonnement de l'administration, sachant qu'indépendamment du motif retenu, la décision est au fond celle qui devait être prise.

- Proche de la substitution de motifs est la théorie des moyens inopérants. Elle consiste pour le juge comme dans l'affaire *Montagnac* du 3 février 1999 à écarter tous moyens fondés sur l'illégalité d'une décision dès lors que l'administration avait compétence liée pour prendre la décision attaquée (AJDA 1999, p. 567, chron. Raynaud et Fombeur).

En principe, la substitution de motifs n'est pas automatique : elle reste une simple faculté laissée à l'appréciation du juge.

Cependant depuis 2004, elle n'est plus laissée à la seule initiative du juge, le Conseil d'Etat admet que l'administration peut dans le cadre de son mémoire en défense présenter au juge de l'excès de pouvoir des motifs différents (mais fondés) de celui sur lequel elle s'était initialement fondée et le juge est dans ce cas tenu d'examiner ce nouveau moyen en défense (CE 6 février 2004 Madame Hallal).

- La demande de substitution de motifs ne peut pas être formulée devant le juge de cassation.
- Elle est ouverte par contre devant les juges du fond (y compris en appel=
- Et aussi dans les instances en référé.

En tout état de cause, c'est une solution qui doit être soigneusement encadré sous peine d'être trop favorables aux intérêts de l'administration

Ainsi selon une présentation traditionnelle défendue notamment par les commissaires du gouvernement Josse (conclusions sur Conseil d'Etat 8 juin 1934 Augier, D. 1934, 3, p. 41) et Guldner (conclusions sur Conseil d'Etat 7 juin 1957 Brissaud, AJDA 1957, 2, p. 387), la régularisation serait exclu dans tous les cas où après annulation un nouvel examen du dossier pourrait amener l'autorité compétente à prendre une autre décision.

- Toute autre solution conduirait en effet, expliquaient les commissaires du gouvernement, le juge à sortir de ses attributions, et à substituer son appréciation à celle de l'administrateur.

Ces préventions sont en partie démentie par les évolutions du contentieux de l'excès de pouvoir.

L'analyse de la jurisprudence amène ainsi d'abord à distinguer selon que le juge se livre à une substitution de motifs ou à une substitution de base légale. Ensuite même dans le cadre de la substitution de motifs, le juge de l'excès de pouvoir tend à s'échapper des contraintes qui pesaient traditionnellement sur son office

a) La substitution de base légale.

Pour que le juge procède à une substitution de base légale

- Il faut d'abord qu'il existe un texte de substitution qui autorise l'administration à prendre la décision qu'elle avait adopté sur un autre fondement
- Surtout, le texte de substitution ne doit pas offrir à l'administration plus de pouvoirs et aux intéressés moins de garanties que celui initialement invoqué par l'administration.

Un arrêt plus récent du Conseil d'Etat permet d'illustrer cette exigence (CE 2009 Robert A c/ Préfet du Puy de Dôme)

- Le préfet du Puy-de-Dôme avait mis en demeure un médecin de cesser immédiatement toute activité chirurgicale en se fondant sur les dispositions de l'article L. 221-6 du Code de la Consommation au motif qu'il pratiquait de façon habituelle dans son Cabinet des interventions esthétiques et vasculaires, d'une part sans disposer des autorisations nécessaires et d'autre part réalisées sous anesthésie dans des conditions d'hygiène et d'organisation menaçant la sécurité de ses patients.
- Statuant en cassation, le Conseil d'Etat juge tout d'abord, que les dispositions de l'article L. 221-6 du Code de la Consommation invoquées par le Préfet du Puy-de-Dôme dans sa décision ne sont pas applicables à l'espèce : elles concernent en effet les mesures d'urgence à prendre pour interdire la mise sur le marché de produits dangereux. Elles ne pouvaient donc pas donner compétence au Préfet pour suspendre l'exercice par un médecin de sa profession.

- Cependant en cours d'instruction, les services de l'Etat avait été invoqué la possibilité de justifier la décision du préfet par référence aux dispositions de l'article L. 4113-14 du Code de la Santé Publique qui permet, en cas d'urgence, au Préfet de prononcer la suspension immédiate du droit pour un médecin d'exercer.
- Le Conseil d'Etat va rejeter cette demande de substitution de motif dès lors que le requérant n'avaient pu bénéficier des garanties prévues par l'article L. 4113-14 du Code de la Santé Publique, lequel prévoit l'audition de l'intéressé dans un délai de trois jours suivant l'intervention de l'arrêté préfectoral de suspension immédiate du droit d'exercer et limite la durée de la suspension à une période maximum de cinq mois.

L'arrêt Conseil d'Etat 21 novembre 2003 El Bahi a précisé le régime de la substitution de base légale :

- Elle n'est pas d'ordre public mais le juge est tenu d'y procéder si l'administration en fait la demande (et si les conditions sont remplies).
- Les justiciables doivent être mises à même par le juge de présenter leurs observations en défense
 - C'est en effet un nouveau procès (dans le procès) qui s'ouvre

b) La substitution de motifs

Longtemps, la jurisprudence considérait qu'elle n'était possible qu'à la condition que l'administration en situation de compétence liée soit tenue de prendre la décision attaquée.

- Exemple : (CE 1970 Desamis) Pour justifier la fermeture administrative d'un bar, fondé à l'origine sur un motif inexact (non-respect du texte interdisant aux employés du bar de consommer avec les clients), le tribunal avait retenu une autre infraction tenant à ce que la gérance de l'établissement par un tiers n'avait fait l'objet d'aucune déclaration à l'administration.
 - Le Conseil d'Etat censure cette substitution de motifs dans la mesure où en l'espèce le préfet n'avait pas compétence liée, l'infraction pouvant être sanctionnée autrement que par une décision de fermeture (Rec. p. 19, conclusions Théry, AJDA 1971, p. 297).
- Au contraire, dans l'arrêt Société industrielle de tôlerie du 16 novembre 1962, le préfet était tenu d'ordonner la fermeture d'un établissement dangereux non autorisé et de surcroît situé dans une zone réservée aux habitations, le Conseil d'Etat va admettre en conséquence a admis la légalité de la mesure préfectorale alors qu'elle était fondée sur une motivation inexacte (Rec. p. 608, conclusions Henry AJDA 1963, p. 170).

On retrouvait dans cette position l'idée que l'examen des motifs de faits conduit le juge à substituer son appréciation à celle de l'administration et donc en donc en l'absence de compétence liée à contrôler l'opportunité de la décision administrative.

- Le juge du plein contentieux échappait à cette interdiction dès lors que son office consiste à se substituer à l'administration pour décider à sa place (CE 23 novembre 2001 Compagnie nationale Air France)
- C'est le second apport de l'arrêt Hallal de 2004 que de lever cette restriction dans le contentieux de l'excès
 - En lien avec les nouveaux pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir

Désormais, l'administration est autorisée à soulever devant le juge de nouveaux motifs de droit comme de fait susceptibles de fonder sa décision.

- Il appartient au juge de vérifier que le motif est fondé
- Et aussi que l'administration aurait pris la même décision si elle s'était fondée initialement sur le bon motif
- Que l'admission de ce motif n'aboutit pas à priver l'administré d'une garantie

- Essentiellement les droits de la défense ou une procédure contradictoire
- et ce dès lors que la substitution de motifs de fait s'articule avec une substitution de base légale (voir plus haut)

Section 2. Le contrôle de la qualification juridique des faits

Opérer un contrôle de la qualification juridique des faits revient à se demander si les faits de l'affaire sont de nature à justifier la décision qui a été prise

Que le juge soit amené à se poser cette question n'a rien d'anodin

- Car c'est précisément le rôle de l'administration que de prendre des décisions adaptées aux situations concrètes qui lui revient de traiter en vertu de sa fonction d'exécution des lois c'est-à-dire de permettre (au sens premier du terme) la réalisation de la règle de droit.
- Le contrôle de la qualification juridique des faits amène donc le juge à reprendre à refaire le raisonnement tenu par l'autorité compétente.

La question est l'une des plus sensibles et des plus difficiles du contentieux administratif.

Techniquement difficile, d'abord, parce qu'elle touche à l'exercice du pouvoir discrétionnaire : le contrôle du juge étend fonction du contenu des textes à appliquer, selon qu'ils laissent une plus ou moins grande part de liberté à l'administration dans l'appréciation des textes

Le contrôle du juge revient alors à imposer à l'administration de respect des conditions légales prévues par le texte

Le contenu de ce contrôle n'est jamais entièrement déterminé par les textes

- En premier lieu, parce que le texte peut ne régir qu'un aspect du processus intellectuel complexe dont résulte la décision contrôlée
 - Par exemple, le contrôle des sanctions disciplinaires implique de refaire deux opérations intellectuelles distinctes :
 - Les faits reprochés sont-ils de nature à constituer une faute ?
 - La sanction choisie est-elle adaptée à la gravité de la faute ?
 - Pendant longtemps, jusqu'à l'arrêt Lebon de 1978, le CE refusait de contrôler cette seconde opération. Et il faut attendre 2013 (arrêt Dahan) pour qu'il exerce un contrôle normal
 - Sur la notion de contrôle normal voir plus loin
- En second lieu, par le texte peut avoir recours à des notions juridiques vagues qu'il appartient au juge de préciser ou non

Politiquement sensible, ensuite, par la teneur du contrôle exercé par le juge ne résultera pas toujours des textes mais est dans nombre de cas le produit d'un acte de volonté, d'un choix délibéré du juge relevant de la formation par le Conseil d'Etat de ce qu'il faut bien appeler une politique jurisprudentielle et des limites auxquelles le juge entend indépendamment des textes soumettre l'action administrative

- Longtemps la démarche du juge a été vécue avec une certaine suspicion, la doctrine s'alarmant des risques d'un contrôle d'opportunité et d'un gouvernement des juges des juges dès lors que le CE, supérieur hiérarchique de l'administration substituait son appréciation des faits à celle de l'administration.

- D'où le deal consenti au XIXe siècle qui acceptait le développement du recours pour excès de pouvoir dans les matières de pure administration sous réserve que le juge de l'excès de pouvoir se limite à l'office d'un juge de cassation
- Aujourd'hui au contraire au nom de la logique de l'Etat de droit et de la garantie des droits, les avancés du contrôle juridictionnel sont plutôt salués comme une protection contre l'arbitraire administratif

Eu égard à ces difficultés, l'étude du contrôle de qualification juridiques des faits soulève plusieurs problèmes : un problème de définition

Sous-section 1. La délimitation de la notion de qualification juridique des faits

La doctrine a le plus grand mal à rendre compte des opérations intellectuelles auxquelles se livre le juge quand il exerce le contrôle de la qualification juridique des faits

Cette situation résulte

- D'abord de la jurisprudence administrative elle-même dont le vocabulaire n'est pas assez rigoureux.
 - Bertrand Seiller s'est ainsi livré à un examen exhaustif des arrêts rendus par le CE pour faire apparaître que les termes employés par le juge provoquent une certaine confusion utilisant sans rigueur les notions d'excès, d'inadaptation, d'inadéquation, d'application inexacte, d'appréciation, de proportionnalité quand il censure une erreur dans la qualification juridique des faits (voir JCP A 2012).

Elle résulte aussi de la doctrine qui a proposé une lecture de la qualification juridique des faits, aujourd'hui largement admise et enseignée, fondée sur l'idée que le juge opérerait selon les cas un contrôle d'intensité variable dont rend compte l'échelle suivante :

- Contrôle minimum
 - Où le juge ne contrôle pas la qualification juridique des faits mais s'en tient à l'inexactitude matérielle des faits
- Contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation
 - Où le juge au titre de la qualification juridique des faits censure les erreurs grossières de l'administration
- Contrôle normal
 - Où le juge vérifie le respect de la condition légale
- Contrôle maximum
 - Où le juge soumet l'administration à des exigences qui dépassent le contenu de la condition légale.
 - Exemple : jurisprudence Benjamin ou Ville Nouvelle-Est

Cette thèse de l'intensité (des degrés variables) du contrôle des faits est apparue tardivement dans la doctrine autour des années 1960/1970.

Or cette présentation aboutit à l'hypertrophie de la notion de la qualification et à masquer l'idée que le contrôle des faits se posait traditionnellement (avant 1970 en doctrine en termes d'étendue plutôt que d'intensité).

Avant cette date, les auteurs posaient en effet le problème du contrôle du juge essentiellement en termes d'étendue

- Le contrôle dit normal où le juge se livre en fait à un contrôle de qualification juridique (est-ce que les faits de l'espèce correspondent aux conditions légales auxquelles les textes subordonnent la décision de l'administration)

- Le contrôle dit restreint qui correspondait aux cas où le juge se livre uniquement à un contrôle de l'exactitude matérielle des faits
- Le contrôle dit maximum (mesures de police / jurisprudence Benjamin) où le juge contrôle en plus de la qualification juridique des faits l'adéquation de la mesure aux faits (ce qui est une autre question que la qualification).

Selon Camille Broyelle, dans son étude parue au JCP A 2012, ce changement de perspective serait dû aux développements en jurisprudence du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation que les auteurs voient comme un contrôle **de l'erreur manifeste de qualification juridique**

- donc comme une déclinaison du contrôle normal : une forme édulcorée du contrôle normal
- L'idée de la doctrine dominante est que l'administration est toujours encadré par le droit y compris dans l'hypothèse du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation où le juge bornerait qu'à censurer les erreurs grossières.
- C'est toujours un contrôle de la qualification mais il est moins approfondi.
 - D'où l'idée que le contrôle varie en intensité

Or pour Camille Broyelle cette présentation ne rend pas compte de la réalité du contrôle exercé par le juge administratif et elle propose de renouer avec la présentation historique.

Selon elle, le contrôle normal et le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ne sont pas deux variétés d'un même contrôle mais deux contrôles d'un type différent

- Le contrôle normal est un contrôle de la qualification juridique
- Alors que le contrôle de l'EMA est un contrôle de l'appréciation

Dans le cadre de l'EMA, le juge contrôle l'appréciation des faits portée par l'administration au regard de sa propre appréciation de la situation et non de la règle de droit

- Car l'administration n'est tenue par aucune règle de droit
 - Ainsi en matière de sanctions (contre les détenus / puisque c'est une rare hypothèse où l'EMA est encore pratiquée) l'administration a le choix entre toutes les sanctions prévues par la loi
 - En exerçant un contrôle de l'EMA, le juge n'est pas amené à procéder à une opération de requalification juridique des faits (au regard de la loi).
 - En effet, ce n'est pas techniquement possible la loi n'a pas fixé de conditions particulières).
 - Non. Le juge se borne à apprécier les faits et à comparer son appréciation à celle de l'administration.
- La décision est donc annulée chaque fois que l'écart entre son appréciation et celle de l'administration lui paraît manifeste

L'annulation est ainsi prononcée non pas sur le fondement de la loi (les textes ne disent rien) mais au nom du bon sens

- D'une certaine manière, en censurant l'erreur manifeste d'appréciation, le juge se livre à un contrôle d'opportunité ou plus exactement transforme une question d'opportunité en question de légalité ou plutôt de juridicité au sens où le juge la contrôlant il en fait une question juridique.
- Ce qui est habituellement présenté comme une conséquence du contrôle maximum

En effet, le juge statue non sur le fondement d'une règle de droit mais de sa propre appréciation de la situation

- La seule différence avec l'appréciation portée par l'administration c'est que celle du juge, investie de l'autorité de chose jugée, prévaut

La présentation retenue par le professeur Broyelle est généralement repoussée en doctrine au nom de l'idée qu'en cas d'EMA il en résulterait l'existence d'une norme (implicite / dévoilée par le juge) qui interdirait à l'administration de prendre des décisions déraisonnables

- Et ce qui serait pure appréciation deviendrait une fois le contrôle passé un contrôle de qualification juridique
- Mais dans ce cas, si l'on veut être logique, ce n'est plus d'un contrôle restreint mais d'un contrôle normal par référence à cette norme qui est effectuée

La distinction proposée entre contrôle de la qualification et contrôle de l'appréciation est séduisante

Mais il faut alors l'étendre aux hypothèses où le juge a décidé d'exercer un contrôle entier là où autrefois il exerçait un contrôle de l'EMA

Exemple : les sanctions dans la fonction publique (CE 2013 Dahan)

Dans ce cas, son contrôle ne change pas de nature : faute de condition légale, il procède encore à un contrôle de l'appréciation des faits

- C'est là où la thèse touche ses limites :
 - Les conditions posées par le juge telles qu'elles découlent de son nouveau contrôle normal font office de condition légale
 - et le contrôle devient un contrôle de qualification juridique (le droit étant fixé par la jurisprudence) dès lors qu'une règle (de loi / jurisprudentielle) vient s'interposer entre l'administration et les faits
 - L'exemple des sanctions de la Fonction publique est parlant
 - Le choix de la sanction doit être proportionnée (CE 2013 Dahan).
 - La condition légale ajoutée par le juge c'est la proportionnalité.
 - Mais la proportionnalité est surtout affaire d'appréciation

Au demeurant la situation n'est pas très éloignée du cas où la loi recourt à des standards (aptitude, urgence, bonne moralité, utilité publique) et où la jurisprudence est amenée à préciser le contenu de cette condition légale

La frontière entre qualification et appréciation est ainsi parfois infime

- Dès lors il n'est pas forcément déraisonnable de les regrouper dans un même cas d'ouverture
- Au demeurant les classifications doctrinales sont souvent à finalité didactiques et ont peu de prise sur la pratique du contentieux où les préoccupations d'effectivité priment

Sous réserve de ces observations préalables, on exposera le contenu du contrôle de qualification en retenant la présentation retenue par la doctrine majoritaire insistant sur les degrés du contrôle exercé par le juge administratif.

Sous-section 2. Le contenu du contrôle de qualification juridique des faits

Selon la doctrine dominante, le juge de l'excès de pouvoir exerce sur l'action administrative un contrôle dont l'intensité est variable en fonction des textes qui selon les matières lient plus ou moins les compétences de l'administration.

La plupart des auteurs opposent ainsi le contrôle minimum au contrôle normal quand d'autres distinguent encore des hypothèses de contrôle maximum où l'appréciation du juge friserait avec l'opportunité.

- C'est exclusivement au niveau du contrôle de la qualification juridique des faits que le juge de l'excès de pouvoir est amené à moduler son contrôle, les autres cas d'ouverture font quel que soit l'acte en cause l'objet d'un examen plénier.

Sous l'influence notamment du droit européen, la tendance récente est à la généralisation d'un contrôle entier de proportionnalité même dans les matières où le juge n'exerçait traditionnellement qu'un contrôle limité.

§.1 L'intensité variable du contrôle

L'attitude du juge la plus fréquente consiste à se livrer à un contrôle entier ou plénier de la qualification juridique des faits parce que la loi encadre de manière précise l'action administrative. On parle aussi alors d'un contrôle normal.

Dans d'autres cas cependant les textes vont laisser à l'administration une liberté de choix qui doit lui permettre d'adopter au regard des circonstances de l'espèce la décision la plus opportune. Le juge est alors amené à n'exercer qu'un contrôle restreint de manière à ne pas paralyser la liberté de choix ainsi reconnue par les textes à l'administration.

- Rappel : une même affaire, comme en matière de sanctions disciplinaires dans la fonction publique, peut amener le juge à exercer tour à tour, selon la nature des questions qu'il a à résoudre un contrôle normal (sur l'établissement de la faute) et un contrôle restreint (sur la gravité de la sanction).

A. Le contrôle plénier

Le juge se livre à un contrôle plénier chaque fois que l'administration est tenue au respect d'une condition légale

Le contrôle plénier s'exerce chaque fois qu'un texte (ou la jurisprudence) subordonne l'exercice d'un pouvoir de l'administration à l'existence de certaines situations ou de circonstances de fait : c'est à dire à une condition légale qui peut être plus ou moins exigeante. Il revient au juge de vérifier si les faits de l'espèce ont été exactement qualifiés et si l'administration en a tiré du point de vue de sa décision les conséquences qui s'imposent.

Ce contrôle peut être plus ou moins poussé. La doctrine distingue les contrôles normal et maximum

1) Le contrôle normal, contrôle du respect par l'administration de la condition légale

Dans le cadre du contrôle normal – et à la différence du contrôle restreint-toute erreur dans la qualification juridique des faits est sanctionnée par le juge.

Lorsque la condition légale est définie de manière précise par les textes, le juge se borne à en vérifier le respect sans perdre tout pouvoir d'interprétation

Premier exemple :

L'arrêt du Conseil d'Etat du 15 novembre 2002 Globe Trotter Network constitue un bon exemple de contrôle normal (et de ses difficultés) exercé par le juge sur l'appréciation par l'administration d'une condition légale.

- Le litige portait sur l'application de la loi 30 décembre 1986 relative à la liberté de communication qui prévoient que les chaînes de télévision sont tenues de réserver au moins 40 % des films qu'elles programment à la diffusion « d'œuvres d'expression originale française ou d'œuvre européenne ».
 - Le CSA avait refusé cette qualification à un film d'animation intitulé « Le journal d'Anne Franck ». Ce film faisait difficulté dans la mesure où si l'œuvre avait été conçue en anglais et en japonais, Le producteur avait procédé, en vue de sa distribution en France, à des modifications importantes des dialogues et de la musique du film.

Le contrôle de la qualification légale amène le juge à reprendre entièrement le raisonnement suivi par l'autorité administrative pour préciser le sens de la condition légale et vérifier si les faits sont de nature ou non à justifier légalement la décision contestée.

- En l'espèce, le rejet de la qualification d'œuvre originale française ne prêtait guère à discussion dès lors que les textes en vigueur vise « les œuvres réalisés ou principalement en version originale en langue française », ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

- Restait à savoir si le film pouvait être qualifié d'œuvre européenne.
 - Les textes en vigueur en donnaient la définition suivante : la société de production doit avoir son siège dans un Etat membre de la Communauté européenne, le président et la majorité des administrateurs doivent être ressortissants d'un Etat membre, qu'enfin la société de production doit en assurer la direction financière technique artistique de la réalisation du film.
- En l'espèce, le CE va confirmer l'analyse du CSA jugeant que si la société Globe trotter network répond aux critères de l'entreprise européenne, elle ne pouvait être regardée comme ayant assuré la responsabilité financière technique et artistique de la réalisation dès lors que les adaptations réalisées pour la version française représentait moins de 20 % du budget de l'œuvre produite en japonais.

Et même définie avec précision la condition légale peut amener le juge à enrichir son contenu

Deuxième exemple : CE 5 mai 2018 Société Edilys

Le JA était saisi du refus opposé par le préfet d'autoriser à Paris des travaux sur un immeuble de la Place Vendôme ayant fait l'objet d'une mesure de classement au titre de la législation sur les monuments historiques.

La question qui se posait au juge était de savoir si les travaux refusés à un bijoutier occupant les locaux portaient atteinte à l'intérêt d'art ou d'histoire ayant justifié le classement de l'immeuble au titre des monuments historiques.

- Saisi dans le cadre d'un pourvoi en cassation le Conseil d'Etat refuse de contrôler cette question qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond au titre d'un contrôle plénier des éléments du dossier pris en compte par l'administration.

Par contre en tant que juge de cassation, le CE va préciser le contenu de la condition légale tenant à l'intérêt d'art ou d'histoire de l'immeuble

Il juge à ce titre que l'atteinte apportée à l'immeuble doit s'apprécier non par rapport à l'état de l'immeuble au moment de son classement (la Place Vendôme ayant fait de profondes transformations à la fin du XIX siècle suscitant d'ailleurs la volonté de l'Etat de le classer afin de la protéger contre de nouvelles atteintes) mais par rapport à l'ordonnancement initial de la Place tel que conçu en 1752 par l'architecte Mansart et que le juge peut l'apprécier au travers de gravures d'époque).

Mais le plus souvent, la condition légale est exprimée de manière imprécise, vague ou trop générale.

- Le contentieux des sanctions disciplinaires dans la fonction publique en donne une bonne illustration. Une sanction ne peut être infligée à un fonctionnaire que s'il a commis une faute professionnelle. Or la loi ne donne aucune définition de la faute professionnelle
- Tant que la jurisprudence n'a pas déterminé avec précision le contenu de cette notion, l'administration dispose d'une importante marge d'appréciation. Mais, dès lors que le juge procède effectivement au contrôle de la condition légale en donnant un sens précis aux notions utilisées par la loi, il est amené à substituer son appréciation à celle de l'administration.

Or les textes sont de plus en plus nombreux à faire appel à ce type de notions générales qui font référence à un type de conduite normale dont il appartient au juge de fixer ce qu'est la normalité moyenne et correcte.

- La doctrine utilise l'expression de « standards » pour définir ces notions générales. Sans doute ce type de notion est-il indispensable pour permettre l'adaptation de la règle de droit à l'évolution sociale, il reste que ces standards confèrent au juge un pouvoir considérable. Le contenu de la condition légale sera en effet fonction de sa propre appréciation.
- On peut citer à titre d'exemples les notions de bonne foi, d'aptitude professionnelle, d'urgence, d'atteinte à l'ordre public.
 - Selon la densité juridique que le juge voudra ainsi reconnaître à la condition légale, le pouvoir simplement conditionné de l'administration se transformera en compétence liée par le juge.

Prenons l'exemple de la police des étrangers de l'arrêt Bouhsane du 17 octobre 2003

- Cet arrêt est intéressant parce que pendant longtemps le JA refusait d'exercer dans ce domaine un contrôle des motifs retenus par l'administration
- En l'espèce, l'administration a refusé à un étranger y ayant droit une demande de titre de séjour provisoire aux motifs (prévus par la loi) qu'il représentait une menace pour l'ordre public.
- Le CE juge que, lorsque l'administration lui oppose ce motif pour refuser de faire droit à sa demande, il appartient au juge de l'excès de pouvoir, saisi d'un moyen en ce sens, de rechercher si les faits qu'elle invoque à cet égard sont de nature à justifier légalement sa décision ;
- Et de juger qu'il ressort des pièces du dossier que l'intéressé s'est rendu coupable à deux reprises, en 1991 et 1994, de trafic de stupéfiants et, en 1996, d'usurpation d'identité ;
- qu'en égard à la nature et au caractère répété de ces infractions, le préfet de police n'a pas fait une inexacte appréciation des circonstances de l'espèce en estimant que le séjour en France de M. Bouhsane constituait une menace pour l'ordre public

Le contentieux des sanctions disciplinaires dans la fonction publique donne une autre illustration de ce type d'hypothèse.

- Une sanction ne peut être infligée à un fonctionnaire que s'il a commis une faute disciplinaire.
- Mais le statut de la fonction publique se garde bien de donner une définition de la faute. C'est au donc au juge qu'il est revenu de préciser au fil des espèces les contours de la notion de faute.
 - La faute disciplinaire sera ainsi constituée classiquement par un manquement de l'agent à ses obligations professionnelles.
 - Les solutions jurisprudentielles concernent au premier chef les manquements dans l'exercice des fonctions. C'est le cas dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 1er octobre 1976 Soucasse où le juge considère comme fautif le fait pour un agent de ne pas avoir respecté les instructions reçues
 - dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 juin 1978 Lebon à l'égard d'un enseignant qui s'était livré à des gestes indécents auprès des enfants de sa classe
 - Mais l'arrêt L'étang du 12 juillet 1969 montre que la jurisprudence n'a pas hésité à **étendre la notion de faute disciplinaire aux manquements dans la vie privée dès lors qu'ils sont de nature à jeter la déconsidération sur le corps auquel appartient l'agent** (Rec. p. 388 ; RDP 1970, p. 387, note Waline, AJ 1969, P. 559, chron. Dewost et Denoix de Saint Marc).
 - Ainsi, le Conseil d'Etat devait juger le fait pour un magistrat d'avoir un comportement regrettable dans sa vie privée constitue une faute de nature à justifier une sanction disciplinaire.
 - Cette qualification a par exemple encore été retenue à l'égard de fonctionnaires de police dont l'un cohabitait avec une prostituée (Conseil d'Etat 14 mai 1986 Ministre de l'intérieur c. B) et dont l'autre avait été condamné pour conduite en état d'ivresse (Conseil d'Etat 11 mai 1979 Dupuy).

2) Le contrôle maximum

L'idée d'un contrôle maximum est défendue par une partie de la doctrine. Elle viserait des hypothèses où le contrôle de la qualification juridique des faits serait poussé tellement loin que le juge apprécierait l'opportunité de la décision.

Cette conception est critiquable.

Car l'opportunité est une notion contingente. Elle disparaît chaque fois que le juge accepte de vérifier des éléments de la décision qu'il laissait jusqu'alors à l'appréciation de l'administration. En ce sens,

le contrôle du juge transforme les questions d'opportunité en question de légalité. Dès lors l'idée que le juge contrôle l'opportunité n'a pas de sens.

En fait, le contrôle maximum est une variante du contrôle normal.

Il vise des hypothèses où la jurisprudence soumet l'autorité compétente à une « condition légale » qu'elle crée ex nihilo et dont le contenu conduit à soumettre l'administration à une vérification particulièrement poussée.

Deux hypothèses illustrent l'idée de contrôle maximum.

1) Le contrôle maximum a d'abord été mis en œuvre à l'égard des mesures de police.

Le principe en a été fixé par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Benjamin du 19 mai 1933 (GAJA n° 51, GDDA, p. 324).

L'enjeu était d'importance : la loi autorise en effet les autorités de police à porter atteinte aux libertés tant individuelles que publiques dès lors que l'ordre public est menacé. La philosophie libérale de notre régime politique exige de se montrer particulièrement exigeant à l'égard des motifs allégués par l'administration pour justifier des restrictions aux libertés. Le commissaire du gouvernement Corneille a résumé dans une formule restée célèbre la philosophie du juge administratif "la liberté est la règle, la restriction de police l'exception (conclusions sur Conseil d'Etat 10 août 1917 Baldy). Dans le cadre du contrôle maximum, le juge va contrôler non seulement si la condition légale est remplie –la mesure de police doit toujours être justifiée par des troubles à l'ordre public– ; mais le juge contrôlera encore si la gravité de la mesure de police (eu égard notamment à la liberté mise en cause) n'est pas disproportionnée par rapport à la nature des troubles à l'ordre public. Le contrôle de proportionnalité se double d'un contrôle de la nécessité de la mesure. Le juge va vérifier en effet si la mesure de police était non seulement utile mais nécessaire pour assurer le maintien de l'ordre public. Notamment le juge vérifie si l'ordre public ne pouvait pas être maintenu par des moyens moins contraignants pour les libertés. Ainsi dans l'arrêt Benjamin, le Conseil d'Etat va conclure à l'illégalité de la mesure de police (l'interdiction d'une réunion privée) non pas parce qu'elle portait en elle-même une atteinte excessive au principe constitutionnel de la liberté de réunion mais bien parce que l'autorité de police avait la possibilité d'éviter les débordements en recourant à d'autres moyens moins attentatoires à la liberté. C'est dire que la prise en compte des circonstances de l'espèce (l'appréciation des faits) est ici déterminante.

Le contrôle maximum est resté longtemps cantonné aux mesures de police. Il a fallu attendre les années 1970 pour voir la jurisprudence l'étendre à d'autres hypothèses : aux dérogations aux règlements d'urbanisme (Conseil d'Etat, Ass. 18 juillet 1973 Ville de Limoges, Rec. p. 530, RDP 1974 note Waline, p. 259 et p. 559 conclusions Rougevin-Baville), aux autorisations de licenciement des salariés protégés (Conseil d'Etat, Ass. 5 mai 1976 Safer d'Auvergne c/ Bernette, Rec. p. 232, AJDA 1976, chron. p. 304).

2) Mais l'extension la plus remarquable concerne le contentieux des expropriations

- Plus exactement le contrôle de la déclaration d'utilité publique qui amène le juge comme l'explique M. Morisot dans ses conclusions sur l'arrêt CE 20 octobre 1982 SCI Sainte Marie de l'Assomption à se situer aux confins de l'appréciation d'opportunité, à transformer ce qui était autrefois affaire d'opportunité en une question de légalité.

La notion d'utilité publique n'est pas définie par loi

Jusqu'en 1971 le juge se bornait à une appréciation abstraite de l'objectif poursuivi (par exemple, la création d'un parking, de logements sociaux, d'une autoroute) ce qui l'amenait dans la plupart des cas à valider l'appréciation de l'administration (sauf pour les opérations qui n'étaient pas a priori d'utilité publique comme par exemple de la création d'un terrain de boules communal ou encore d'un lotissement dans une commune rural qui possédait par ailleurs des logements vides).

- Ce qui revenait à se poser deux questions
 - Est-ce que le projet a eu objet a priori d'intérêt général ?

- Ce qui amène surtout à écarter les projets sans intérêt ou ceux mus par un intérêt privé ou purement financier. Ce qui correspond donc plutôt alors au détournement de pouvoir
- Remarque : Ce n'est pas parce qu'un projet profite à des intérêts privés qu'il n'est pas d'utilité publique
 - En ce sens CE 1971 Ville de Sochaux : à propos d'un tronçon routier destiné à desservir les Usines Peugeot jugé d'intérêt public en raison du poids économique de l'entreprise Peugeot dans l'économie régionale.
- Est-ce que l'administration peut réaliser le projet par ses propres moyens sans recourir à l'expropriation ?
- Et ce qui laissait à l'abri de tout contrôle les grands projet d'aménagement (autoroutes, lignes ferroviaires, création d'un aéroport...)

Mais depuis l'arrêt Ville Nouvelle-Est du 28 mai 1971 rendu suivant les conclusions du commissaire du gouvernement Guy Braibant, le juge apprécie de manière beaucoup plus concrète l'utilité publique du projet :

L'utilité publique sera déterminée cas par cas.

La création d'une autoroute ou l'agrandissement du cimetière ne seront plus nécessairement d'utilité publique : cela va dépendre des circonstances de l'espèce et plus exactement de la question de savoir si les avantages de l'opération l'emporte sur ses inconvénients.

La nouvelle doctrine du Conseil d'Etat est ainsi exposée dans le considérant de principe de l'arrêt Ville Nouvelle-Est :

"Une opération ne peut légalement être déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social ou les atteintes à d'autres intérêts publics qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt général qu'elle présente".

- Le juge se livre à une sorte de bilan coût-avantage du projet justifiant l'expropriation.
- La théorie du bilan l'amène à apprécier si les inconvénients du projet ne vont pas excéder les avantages espérés. Le juge exerce ainsi une sorte de contrôle de proportionnalité entre les moyens utilisés et les fins poursuivies : il s'agit d'éviter des décisions déraisonnables et mal préparées.

La théorie du bilan ne conduit pas cependant le Conseil d'Etat à se faire juge de l'opportunité de l'expropriation

- D'abord le CE ne substitue jamais son choix à celui à l'administration.
 - Ainsi le juge administratif refusera de contrôler le choix des divers emplacements susceptibles d'être retenus pour la réalisation de l'opération déclarée d'utilité publique.
 - Le juge vérifie par exemple si le tracé d'autoroute retenu par le gouvernement ne présente pas plus d'inconvénients que d'avantages mais il ne se prononce pas sur les autres tracés possibles et notamment pas sur la question de savoir si un autre tracé aurait un meilleur bilan.
 - La doctrine distingue à ce titre le contrôle intrinsèque de l'opération (auquel se livre le juge) et le contrôle extrinsèque (auquel il se refuse)
- D'autre part, ce n'est qu'au-delà d'un certain seuil, que le juge estimera que le bilan du projet est négatif.

- Le CE n'utilise cette technique de contrôle qu'avec prudence compte tenu de la multiplicité des intérêts en présence et de la difficulté qu'il y a à arbitrer entre eux (ce qui est précisément le rôle de l'administration active).
- Ainsi le CE n'hésite pas en cassation à casser les mauvaises applications du bilan (les bilan peu rigoureux)
 - En ce sens CE, 11 juill. 2016, n° 389936, Observatoire indépendant du cadre de vie : à propos de la création d'une ZAC, le bilan effectué par les juges du fond est invalidé dans la mesure où au titre du coût financier de l'opération le TA avait intégré non seulement les coûts d'acquisition et d'aménagement des terrains mais également les coûts de constructions des équipements publics prévus par le projet (extension d'un centre culturel et création de bâtiments municipaux)

Certains auteurs ont dès lors contesté que la théorie du bilan relève du contrôle maximum.

- Cette thèse s'appuie sur la considération que le juge administratif
 1. ne censure que les bilans manifestement déséquilibrés, que les annulations concernent le contentieux local et pratiquement jamais les opérations de grande envergure (TGV, autoroutes, centrales nucléaires, ouvrages militaires)
 2. et que depuis 1971 il y a eu plus beaucoup plus de jugements de rejet que de décisions d'annulation.
 3. La critique consiste à dire que le Conseil d'Etat lié à l'appareil d'Etat partage la culture de l'Etat aménageur désireux d'équiper le pays en autoroutes, aéroports, lignes à grande vitesse.
 - L'arrêt du 3 mars 1997 Commune de Saint-Germain en Laye illustre la prééminence du point de vue des aménageurs dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : le souci de désengorger le réseau autoroutier de la région parisienne y prévaut sur toute autre considération y compris celles pouvant intéresser la protection du patrimoine architectural.
 - En l'espèce, le Conseil d'Etat va autoriser la création d'un tronçon de l'autoroute A 14, à proximité du site classé monument historique de la Terrasse de Saint-Germain en Laye, jugeant que les inconvénients de l'opération n'excèdent pas l'avantage que l'on pourra en retirer en terme d'amélioration du trafic routier sur l'ouest parisien (AJDA 1993, chron. p.340, CJEG 1993, p. 360, conclusions Sanson, RFDA 1994, p. 310 note J. Morand-Deville).

Cette situation peut trouver d'autres explications.

En particulier la fonction préventive qu'exerce la théorie du bilan lors de la conception des projets

- L'administration anticipe les exigences du juge lors de la conception du projet
- C'est encore plus vrai pour les opérations d'envergure nationale. Elles sont le fruit d'arbitrages techniques et politiques auxquels est toujours associée la section des travaux publics du Conseil d'Etat, ce qui lui permet d'exercer lors de l'élaboration du projet un contrôle du bilan à titre préventif.

Une autre explication tend à considérer que le juge de l'expropriation est noyé sous le nombre de rapports et d'expertise (enquête publique, étude d'impact, étude de faisabilité, étude socio-économique) que la loi oblige de fournir à l'occasion de chaque projet d'aménagement

- Le CE n'aurait pas l'expertise technique pour contredire les éléments produits par l'administration.

On notera que dans un certain nombre d'affaires, le juge a annulé des projets d'envergure nationale (autoroute, ligne de chemin de fer)

Mais ces exemples ne sont pas toujours probants

- Ainsi dans l'affaire de l'autoroute transchablaisienne, le Conseil d'Etat a annulé en 1997 pour la première fois un projet d'aménagement d'envergure nationale, c'est parce que l'espèce s'y prêtait sans contestation possible au point de ne traduire aucune inflexion de la jurisprudence du bilan.
 - Le juge s'y serait livré à une sorte de « pseudo-bilan » (Frédéric Rouvillois, note RFDA 1997, p. 739) dans la mesure où la création d'une autoroute dans la vallée du Chablais ne répondait à aucune préoccupation d'utilité publique :
 - l'itinéraire Thonon-Annemasse était en effet déjà desservi par deux axes routiers à deux fois de deux voies non saturés et aucun prolongement autoroutier n'était prévu au-delà de la frontière avec la Suisse (Voir conclusions Denis Linton, RFDA 1997 ;
- Un autre exemple est l'annulation de la DUP portant sur la création de la ligne LGV Poitiers Limoges (CE 15 avril 2016 FNAUT)
 - Le Conseil d'Etat met en œuvre la théorie du bilan
 - Mais en fait ne retient qu'un seul argument : le fait que le décret portant déclaration d'utilité publique prévoit l'expropriation immédiate pour des travaux dont le début est envisagé entre 2030 et 2050.
 - Le CE stigmatise en conséquence l'atteinte très importante au droit de propriété qui en résulte

Pour certains auteurs, la théorie du bilan ne serait ainsi qu'une forme améliorée de contrôle restreint.

- Ce qui en dit long sur la relativité des classifications doctrinales.
- Ce qui renvoie à la question de savoir si la théorie du bilan pose un problème d'étendue ou d'intensité du contrôle
 - On pourrait en effet considérer que le bilan n'est pas un contrôle de qualification juridique mais relève d'un contrôle de l'adaptation de la mesure aux faits
 - Et dans ce cadre aussi le juge pourrait ne sanctionner que les erreurs manifestes
- Cette lecture trouve certains échos dans la jurisprudence administrative
 - Ainsi dans l'affaire de l'Observatoire du cadre de vie, la Cour administrative d'appel a jugé que le Préfet n'avait pas commis « d'erreur manifeste d'appréciation en estimant que l'opération présentait un intérêt public justifiant les atteintes portées à l'environnement et à la propriété privée ».
 - Ce qui renvoie au contrôle minimum
 - Mais saisi en cassation, le Conseil d'Etat a cassé l'arrêt de la Cour administrative d'appel au motif qu'elle avait commis une erreur de droit en jugeant que le préfet n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation alors que cette question relève du contrôle maximum du juge administratif.

B. Le contrôle restreint

**juge se livre à un contrôle restreint
chaque fois que l'administration est laissée libre de sa décision.**

Le juge n'exerce dans ce cas qu'un contrôle restreint des faits: il se borne à vérifier l'exactitude matérielle des faits.

1) Les hypothèses où le juge refuse de contrôler la qualification juridique des faits.

Le juge adopte cette position de repli chaque fois que le choix de l'administration n'est subordonné au respect d'aucune condition légale

- C'est l'exemple des mesures gracieuses, des décisions accordant un permis de démolir pour lesquelles l'administration dispose d'un entier pouvoir discrétionnaire.
- Il procède de même quand il estime être saisi d'une affaire dont la technicité rend illusoire ou purement formel toute tentative de contrôle de la qualification juridique des faits :
 - ainsi du refus de l'Institut national des appellations d'origine d'accorder ce label à un vin, du classement d'un produit sur la liste des substances toxiques établis par le Ministère de la Santé,
 - du refus de l'administration de la Comédie française de programmer une pièce de théâtre...

Dans certains cas, cependant, le contrôle minimum illustre une politique jurisprudentielle déterminée et destinée à laisser pour certaines matières "une grande liberté d'action à l'administration"(Conclusions Galmot, CE, 5 février 1965 Assoc. Comité d'entente pour l'Algérie française).

- Ainsi en allait-il traditionnellement dans le contentieux de la police des étrangers (expulsion, reconduite à la frontière, refus d'autorisation d'une association étrangère, publications étrangères...) où le juge se contentait de vérifier si les motifs retenus par l'administration ne sont pas étrangers au champ d'application des textes sans contrôler les raisons d'ordre ou de sécurité invoquées à l'appui de la décision.
- Depuis les années 1960, le contrôle minimum s'est cependant enrichi du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation et depuis les années 1990 ce type de décision peut donner lieu à un contrôle normal

En dépit de cette tendance, il reste des contentieux où le juge se refuse toujours à contrôler certaines appréciations de l'administration même manifestement erronées :

- ainsi du bien fondé des appréciations portées par les jurys d'examen et de concours,
- des mérites des postulants à une décoration ;
- de même que le juge rejette comme "insusceptibles d'être discutés au contentieux" les moyens contestant devant lui le choix par l'administration du mode de gestion d'un service public (régie ou concession)Conseil d'Etat 18 mars 1988 Loupias, Rec. p. 975)

2) Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation

La jurisprudence sur l'erreur manifeste d'appréciation marque la volonté du juge de contenir la liberté d'appréciation de l'administration :

- L'administration n'est plus autorisée même dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire à prendre des mesures disproportionnées qui vont au-delà du raisonnable soit parce qu'elles reposent sur un raisonnement aberrant soit qu'elles entraînent sur la situation des intéressés des conséquences d'une exceptionnelle gravité..
- Comme l'écrivait le commissaire du gouvernement Braibant à l'origine de cette extension du contrôle juridictionnel dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat Librairie François Maspero du 2 novembre 1973 (GAJA n°98) : "Le pouvoir discrétionnaire comporte le droit de se tromper mais non celui de commettre une erreur manifeste c'est à dire à la fois apparente et grave" (conclusions, JCP 1974, II, 17642).
 - Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation s'inspire de la jurisprudence administrative allemande (Voir G. Braibant, le principe de proportionnalité,

Mélanges Waline, 1974, t. II, p. 305). Il permet au Conseil d'Etat de sanctionner les erreurs flagrantes, les décisions manifestement disproportionnées par rapport aux motifs avancés par l'administration. Il consiste en quelque sorte à inventer une condition légale qui consisterait dans l'interdiction pour l'administration de prendre des décisions arbitraires.

La technique de l'EMA soulève plusieurs interrogations :

- ✓ D'abord, comme on le sait, la nature du contrôle de l'EMA donne lieu à une discussion doctrinale sur la nature exacte du contrôle exercé :
 - S'agit-il d'un contrôle de la qualification juridique ? sanction des qualifications manifestement erronées/ mais pour qu'il y est erreur de qualification il faut qu'il y ait une condition légale
 - S'agit-il d'une question différente : une question d'appréciation / il s'agirait alors non d'une intensification du contrôle mais de son élargissement : le juge ayant posé une condition nouvelle consistant à ce que l'administration ne commette pas d'erreur manifeste dans l'appréciation d'une situation même relevant de son pouvoir discrétionnaire.
- ✓ Ensuite le contenu du contrôle opéré pose question
 - Le professeur Roland Drago rappelait avec raison dans sa note sous l'arrêt CE 23 nov. 1973 Librairie François Maspero qu'il n'y a pas de définition a priori de ce qui est manifestement erroné ou déraisonnable : c'est affaire d'appréciation.
 - La preuve flagrante nous en est apportée par l'arrêt du 23 novembre 1973.
 - Le gouvernement avait sur le fondement de la législation sur les publications étrangères interdit la diffusion en France de la revue Tricontinental publication cubaine d'obédience "castro-marxiste".
 - La société Librairie Maspéro avait cherché à contourner cette interdiction en assurant la publication d'une nouvelle revue destinée à assurer la diffusion en France des articles les plus importants de la revue interdite. Cette édition française fit l'objet d'une nouvelle mesure d'interdiction déferée au contrôle du juge administratif.
 - Le commissaire du gouvernement devait estimer que l'interdiction était manifestement excessive par son caractère général et absolu. Il contestait ainsi qu'elle ait porté sur la totalité des numéros de la revue passés et à venir sans égard au contenu de chaque livraison et même lorsque aucun article ne concerne directement ou indirectement la France.
 - Mais l'opinion du commissaire du gouvernement ne fut pas partagée par le Conseil d'Etat : l'arrêt relève au contraire que "dès lors qu'elle n'est pas entachée d'erreur manifeste l'appréciation à laquelle s'est livrée le Ministre de l'Intérieur du danger que la revue présentait pour l'ordre public ne peut pas être discutée devant la juridiction administrative".
 - Ainsi même des esprits éclairés (et qui mieux que les membres du Conseil d'Etat peuvent faire preuve de clairvoyance) peuvent diverger sur le contenu de l'erreur manifeste.
 - L'erreur manifeste d'appréciation est ainsi une sorte de standard jurisprudentiel dont il appartient au juge dans chaque espèce de définir les contours.
 - L'erreur manifeste est ce que le juge dit qu'elle est.
 - Le risque est alors grand pour le juge de faire prévaloir sa propre subjectivité et d'imposer à l'administration comme norme de référence non pas des conditions non prévues par le texte (ce qui est assez normal, le juge doit juger malgré l'imprécision ou l'insuffisance des textes, art. 4 du code civil) mais des références qui ne seraient que la traduction de ses préférences individuelles -politiques, économiques, morales- et non la traduction des valeurs sociales dominantes.

- Pour l'heure cependant, le contrôle du juge de l'excès de pouvoir a su se défaire de ce travers et éviter le grief du gouvernement des juges (Voir G. Timsit, Guy Braibant, un juge qui gouverne ? Mélanges Braibant, Dalloz 1996)
 - ✓ La dernière question porte sur le champ du contrôle de l'EMA
 - Le contrôle de l'EMA n'est pas nécessairement fonction des domaines de l'action administrative
 - Il existe ainsi selon l'expression du professeur Chapus des contentieux « dissymétriques » (DAG, tome 1, n°1259) où l'intensité du contrôle du juge dépendra du sens donné par l'administration à sa décision.
 - Si le refus d'un permis de construire est soumis à un contrôle normal, la décision d'accorder le permis fera l'objet d'un contrôle restreint.
 - A l'inverse si la décision de l'Etat de conclure un contrat d'association avec un établissement d'enseignement privé donne lieu à un contrôle normal, le refus de renouveler le contrat ne laisse la possibilité que d'un contrôle restreint .
 - Les hypothèses de contrôle de l'EMA reculent notamment dans ses domaines de prédilection (fonction publique, police des étrangers)
 - Le juge a toujours la possibilité de pousser son contrôle et d'exercer un contrôle normal là où il exerçait un contrôle restreint

§.2. L'intensification constante du contrôle de la qualification juridique

La répartition des contentieux entre le contrôle normal et le contrôle restreint n'est pas toujours facile à expliquer **et en tout cas rebelle à toute tentative de systématisation.**

- On l'a vu, la teneur des textes applicables n'explique pas tout : le pouvoir de l'administration peut être lié par la jurisprudence, et le Conseil d'Etat n'a jamais hésité même à droit constant, à pousser plus loin le degré de son contrôle afin de mieux protéger les droits individuels.

Aujourd'hui, la nouveauté tient sans doute à ce que le Conseil d'Etat n'a plus l'entière maîtrise de cette politique jurisprudentielle : l'émergence en droit administratif sous l'influence du droit européen du principe de proportionnalité l'amène à se livrer plus systématiquement qu'auparavant à un contrôle plénier même dans des matières où d'ordinaire la jurisprudence concédait un large pouvoir d'appréciation à l'administration.

A L'intensité du contrôle, un choix souvent dicté par des considérations de politique jurisprudentielle

La jurisprudence administrative tend à délaisser le contrôle de l'EMA dans la mesure où il ne correspond plus à l'air du temps et aux exigences du principe de proportionnalité dont l'empire tend à se généraliser. Si cette évolution est générale. Elle trouve particulièrement à s'appliquer dans le contentieux des sanctions. D'autres domaines résistent à l'intensification du contrôle : ainsi de la théorie du bilan qui refuse d'intégrer les éléments extrinsèques c'est-à-dire l'analyse des solutions alternatives au projet retenu et contesté.

1) Une évolution générale : de l'EMA vers le contrôle plénier

L'évolution du contentieux administratif est marquée depuis les années 1990 par la généralisation du contrôle normal au détriment du contrôle restreint

Exemple : Le contentieux des équivalences d'emplois dans la fonction publique en fournit une illustration saisissante.

- Dans les années 1950, soucieux de défendre les prérogatives des supérieurs hiérarchiques et l'intérêt du service, le Conseil d'Etat n'acceptait de n'exercer qu'un contrôle de l'exactitude matérielle des faits.
- Aujourd'hui, et depuis l'affaire Cougrand de 1994, davantage porté à protéger la situation individuelle des agents, le juge vérifie que l'emploi proposé est réellement équivalent à l'emploi perdu.

Les exemples d'intensification du contrôle sont multiples /

- Le contrôle des autorisations de licenciement de salariés protégés (Conseil d'Etat Ass. 5 mai 1976 Safer d'Auvergne c. Bernette, Rec. p. 232, AJDA 1976, chron., p. 304, conclusions Dondoux, p. 347),
- du refus d'autoriser la création d'officines pharmaceutiques (Conseil d'Etat 1983 Thévenot, D. 1985, p. 45, note J. B. Auby),
- de l'expulsion des étrangers selon la procédure d'urgence absolue (Conseil d'Etat 13 mars 1985, Ministre de l'intérieur, Rec. p. 321),
- ou du refus d'autoriser un candidat à se présenter aux épreuves d'un concours d'entrée dans la fonction publique (Conseil d'Etat 18 mars 1983 Mulsant et Conseil d'Etat 10 juin 1983 Raoult, AJDA 1983, chron.p. 527 et p. 552 conclusions Laroque)

Cependant certains domaines résistent à cette évolution

En effet, le choix des techniques de contrôle dépend dans nombre d'hypothèses du contenu des textes à appliquer et de l'objet des actes soumis au contrôle du juge.

- Ainsi le zonage des sols décidé par les documents d'urbanisme (les plans locaux d'urbanisme) ne se prête ni à la mise en œuvre de la théorie du bilan ni même à l'exercice d'un contrôle normal de la qualification juridique des faits :
 - La seule solution technique envisageable est en l'espèce le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation de manière à laisser à l'administration les marges de décision nécessaires à la conduite de la politique d'urbanisme et sur lesquelles de toute manière le contrôle juridictionnel n'aurait qu'une prise artificielle (conclusions Labetoulle sur Commune de Bouchemaine).
- Ainsi du contrôle des notes d'examen ou de concours où le juge se refuse toujours à contrôler l'appréciation contestée

2 L'exemple du contrôle des sanctions disciplinaires

L'évolution la plus frappante concerne le choix de la sanction disciplinaire infligée à un agent public

La jurisprudence a longtemps été fixée par l'arrêt Lebon de 1978 limitant à l'erreur manifeste le contrôle du choix de la sanction.

En 2006 encore le rapporteur public Terry Olson, en défendait les principes (conclusions CE 1er févr. 2006, Touzard, req. n° 271676, Lebon 38).

Trois séries d'arguments ont été avancés par Terry Olson pour justifier l'usage du contrôle restreint.

- Il n'existe pas dans le droit de la fonction publique de définition des fautes disciplinaires. Les fautes disciplinaires peuvent tout aussi bien résulter de la méconnaissance d'obligations écrites que non écrites. A cela s'ajoute, le fait que l'autorité en charge de la répression disciplinaire choisit une sanction parmi d'autres dans une nomenclature « muette ». L'autorité disciplinaire dispose ainsi en raison de la loi d'un pouvoir d'appréciation extrêmement conséquent, pouvoir qui justifie plutôt que soit exercé un contrôle restreint sur la gravité de la sanction.

- La répression dans la fonction publique doit aussi être distinguée de celle des professions réglementées où le contrôle est normal (CE 2007 Arfi). Pour Terry Olson,
 - En effet, cette distinction est le résultat de la différence de situation qui existe entre les agents publics et les membres de ces professions.
 - Et, parce qu'ils sont dans des situations objectivement différentes, le fonctionnaire et le membre d'une profession réglementée peuvent par conséquent subir des traitements contentieux et disciplinaires objectivement différents.
- L'autorité qui sanctionne doit pouvoir tenir compte des antécédents de la personne sanctionnée et des impératifs et des nécessités du service.
 - En ce sens, selon le rapporteur public, le passage à un contrôle entier pourrait conduire à paralyser l'action disciplinaire administrative, activité dans laquelle l'administration fait déjà preuve de souplesse, voire de mansuétude. Etendre le contrôle du juge sur les sanctions infligées aux agents publics risquerait dès lors de conduire à « des effets indésirables ».

Le contraste avec le contrôle des autres sanctions administratives était saisissant

- CE 2009 Société Atom : recours de pleine juridiction pour contester la sanction infligée à une entreprise
- Ou encore CE 2007 Arfi à propos des sanctions infligées aux professions réglementées
- Et même en matière disciplinaire, la jurisprudence Lebon a toujours eu des exceptions.
 - Dans l'affaire Hontang, le Conseil d'Etat consacre l'existence d'un contrôle normal sur les sanctions disciplinaires prononcées contre un magistrat du parquet (CE 27 mai 2009, Hontang)
 - (CE 2 mars 2010, Dalongeville : une sanction de révocation prononcée contre un maire. Revenant sur la jurisprudence Wahnapo (CE ass. 27 févr. 1981, req. n° 14361, Lebon 111.

C'était donc la preuve que le CE pouvait admettre qu'un examen approfondi soit porté sur des sanctions qui, par leur nature même, interviennent dans des domaines où les considérations d'opportunité et de politiques sont déterminantes..

Les arguments défendus par Terry Olson ont fini par céder.

Le CE accepte désormais d'exercer un contrôle plénier sur les sanctions disciplinaires des agents publics.

C'est l'arrêt d'Assemblée Dahan du 13 novembre 2013 qui opère le revirement de jurisprudence suivant les conclusions du rapporteur public Rémi Keller

Remi Keller avançait plusieurs raisons :

- L'approche des questions disciplinaires a évolué. Aujourd'hui le juge doit veiller à mieux protéger les personnes sanctionnées parfois de manière lourde et non seulement chercher à préserver l'autorité des supérieurs hiérarchique.
 - Du reste, il contrôle ainsi de près l'existence d'une faute disciplinaire mais pas le choix de la sanction. Or c'est le second aspect qui intéresse surtout le requérant.
- Ensuite, l'évolution de la jurisprudence administrative va dans ce sens
 - La plupart des sanctions (sauf les détenus) donne lieu à un contrôle normal
 - Et le développement du contrôle des sanctions dans les autres domaines montre que la matière ne présente aucune technicité particulière qui justifierait une limitation du contrôle du juge.
- Le contrôle des sanctions donne lieu devant les autres juridictions d'une manière générale à un contrôle de proportionnalité
 - Devant le Conseil constitutionnel

- Devant la CEDH.
 - Le rapporteur public souligne en particulier qu'il est vraisemblable que la CEDH juge à propos d'une sanction qui particulièrement lourde qu'un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation ne satisfait pas les exigences de l'article 6 §.1
- En Europe, les autres juges administratifs pratiquent le contrôle de proportionnalité ainsi que le juge judiciaire en matière de sanctions infligées à des salariés privés

Les conclusions Keller illustrent à nouveau que le choix du degré du contrôle juridictionnel est surtout affaire d'opportunité jurisprudentielle et répond à des fins d'action pédagogique :

- il s'agit de montrer le degré des exigences vis à vis de l'administration écrivait déjà Bernard Stirn (conclusions Stirn, CE 1985 Ministère de l'intérieur c/ Soc. Les éditions des archers.

L'évolution du contrôle des sanctions dans la fonction publique a un effet domino sur le contrôle des sanctions à l'égard des détenus (CE 1 juin 2015 B. A.) qui y étend le contrôle normal et renverse la jurisprudence Letona Biteri du 20 mai 2011

Les conclusions d'Auréli Bretonneau exposent les raisons de cette évolution (qui est prétorienne dès lors que les sanctions aux détenus, à la différence des agents, ne relèvent pas du champ de l'article 6 §1 CEDH). Elles tiennent à trois types de considérations :

- Restaurer la cohérence du contentieux des sanctions dès lors que les détenus sont le dernier carré d'application de l'EMA
- S'aligner sur le contentieux des mesures pénitentiaires non disciplinaires lesquelles font l'objet pour la plupart d'un contrôle normal
 - Fouilles
 - Retrait du droit de visite
- Prendre en compte l'ordre juridique global et en particulier l'attachement du CC au principe de proportionnalité en matière répressive.

3. Le contre-exemple du contrôle des opérations d'expropriation

La théorie du bilan a fait l'objet d'une évolution importante en 2013 avec la prise en compte par le juge du principe de précaution (Association coordination Stop THT)

- à propos de l'installation d'une ligne à haute tension en zone protégée, puis du principe de prévention (2018 Cne de Villiers Labacle) issus du Code de l'environnement et consacré .

La violation du principe de précaution appelle une appréciation des faits qui joue de manière autonome. Elle fait font l'objet d'un contrôle distinct du bilan

- Ce qui veut dire qu'un certain nombre d'éléments de faits sont sortis du bilan.
- Il y un contrôle hors bilan,
- le bilan perd de sa centralité

En quelque sorte le débat contentieux se déplace : l'essentiel se passe en dehors du bilan

La question est dès lors de savoir si le juge doit aller en dehors du bilan encore plus loin ?

Le CE se refuse en effet toujours un contrôle comparatif des solutions alternatives que l'administration auraient pu choisir et qu'elle a écarté au moment des études préalables alors qu'elles présentaient un meilleur bilan (en ce sens CE 9 juillet 2018 Commune de Vilers le Bâcle)

C'est ce que la doctrine nomme le contrôle extrinsèque par opposition au contrôle intrinsèque qui ne porte que sur l'option retenue par l'administration.

Cette solution a été écarté dans les années 1970

- Pour une raison de principe : éviter que le juge se comporte comme un administrateur et exerce un contrôle de l'opportunité du projet retenu
- Pour des raisons techniques : le juge ne dispose pas des informations nécessaires, des éléments de fait pour se prononcer

Ces mêmes raisons laissent penser qu'un revirement de jurisprudence est possible

- En raison de la procéduralisation du droit de l'expropriation,
 - les études préalables techniques (le droit de l'expropriation les a multipliées : étude d'impact, étude socio-économique, enquête publique) présente la question des solutions alternatives, des différents tracés.
 - Le débat public sur les grands projets s'organise autour de ces questions de sorte que le juge dispose aujourd'hui des éléments pour forger sa décision.
- Au demeurant, son office n'est pas complètement étranger à ce type d'interrogations :
 - il lui appartient déjà avant d'effectuer le contrôle du bilan de vérifier qu'il n'existe pas de solutions alternatives ... à l'expropriation.
 - Il s'agirait ainsi de déplacer le regard du juge et de l'amener à contrôler les projets alternatifs dans le cadre de l'expropriation.*

En tout de cause, cette évolution n'est pas commandée par le principe de proportionnalité

B. L'intensification du contrôle des motifs, une conséquence de l'application du principe de proportionnalité

Selon le principe de proportionnalité, les atteintes portées par l'État aux droits des particuliers doivent être limitées au strict nécessaire et donc être proportionnées aux objectifs d'intérêt général assignés à l'administration ou au législateur.

- Le principe de proportionnalité explique ainsi Guy Braibant dans son article paru aux Mélanges amène le juge à enrichir son contrôle : il ne s'agit plus seulement de confronter le contenu de la décision aux objectifs recherché par l'administration mais de tenir compte encore de son adéquation à la situation de fait

Ce principe issu du droit allemand trouve désormais à s'appliquer en droit français par l'entremise notamment de la Convention européenne des droits de l'homme dont de nombreux articles (art. 8 et 10 mais aussi art. 9 et 11) prévoient que les atteintes aux droits protégés par la Convention européenne devront être proportionnées aux objectifs poursuivis par l'autorité publique.

1) L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme

L'influence de la CEDH est évidente

En 1997, le Commissaire du gouvernement Martine Denis-Linton (RFDA 1997, p. 1284) dans ses conclusions sur l'arrêt Association Ekin du 9 juillet 1997 a ainsi observé si à propos du contentieux des publications étrangères (voir CE 1973 Librairie François Maspéro) que

- « le moment est venu de faire évoluer cette jurisprudence » et de mettre le contrôle juridictionnel sur les mesures d'interdiction des publications étrangères en accord avec le contrôle renforcé qu'implique nécessairement l'exigence de proportionnalité posée par la Convention européenne à l'égard des mesures restrictives de la liberté d'expression.
- Dans l'arrêt Association Ekin, suivant l'avis de son commissaire du gouvernement, le Conseil d'Etat va renoncer en l'espèce à la technique de l'erreur manifeste pour juger qu'« il appartient au juge administratif saisi d'un recours contre une mesure d'interdiction des publications étrangères de rechercher si la publication interdite est de nature à causer (aux intérêts dont l'administration à la charge) un dommage justifiant l'atteinte portée aux libertés publiques » (GAJA n°115).

- En l'espèce, le Conseil d'Etat va annuler l'interdiction de la distribution et de la mise en vente en France de l'ouvrage intitulé « Le pays Basque en guerre » aux motifs que cette publication ne présente au regard de la sécurité publique et de l'ordre public un caractère de ne nature à justifier la gravité d'une telle atteinte à la liberté de la presse.

En 1991, le même raisonnement a été développé par le commissaire de gouvernement Ronny Abraham dans l'arrêt Beldjoudi (Rec. p. 18),

- Il a conduit le Conseil d'Etat –après toutefois que la Cour européenne des droits de l'homme ait jugé que l'article 8 de la Convention qui garantit le droit à une vie familiale normale s'applique aux mesures d'éloignement prises à l'égard d'un étranger- à revenir sur sa jurisprudence traditionnelle (Conseil d'Etat 25 juillet 1980 Touami Ben Abdeslem, Rec. p. 820)
- et à exercer un contrôle entier sur l'ensemble des mesures d'expulsion ou de reconduite à la frontière afin de vérifier si la mesure contestée ne porte pas une atteinte excessive à la vie familiale de l'intéressé (Conseil d'Etat, Ass. 19 avril 1991 Belgacem et Mme Babas, Rec. p 152 et p. 162, conclusions RFDA 1991, p. 497, avec une note Ruiz Fabri).

L'invocation de la Convention européenne des droits de l'homme devant le juge de l'excès de pouvoir l'amène ainsi à approfondir son contrôle même dans le domaine de la police des étrangers, un domaine où la jurisprudence veille traditionnellement à laisser « les coudées franches » à l'administration.

L'application du droit de l'UE conduit à des évolutions analogues. Une démarche identique anime la Cour de justice des communautés européennes qui après s'être fondée sur les stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme (CJCE 28 octobre 1975 Rutili) tend à faire de la proportionnalité un principe général du droit communautaire désormais inscrit à l'article 3 B du Traité.

- En ce sens Conseil d'Etat 24 octobre 1990 Ragusi, AJDA 1991, p. 322, conclusions Abraham à propos du contrôle des mesures de police prises à l'encontre d'un ressortissant communautaire

2) La généralisation du triple test de proportionnalité dans le contentieux des mesures de police

Comme on le sait, dans le cadre des mesures de police, le juge vérifie que la décision était nécessaire : c'est l'arrêt Benjamin

Le raisonnement est le suivant :

- Il ne suffit pas que la mesure choisie soit adaptée c'est-à-dire qu'elle permette de rétablir l'ordre public sans porter excessivement atteinte à la liberté en cause, il faut encore qu'elle soit de toutes les décisions que l'administration pouvait la plus adaptée : la moins attentatoire aux libertés

Les arrêts les plus récents montrent une évolution de la rédaction des arrêts.

Le CE a cherché à clarifier son raisonnement

Aujourd'hui, il vérifie désormais explicitement si la mesure de police est

1. Adaptée
2. Nécessaire
3. Proportionnée

C'est le triple test de proportionnalité selon une méthode théorisée par les juges allemands exportée par le juge de l'UE et aujourd'hui repris par le CC, la Cour de cassation et donc aussi le Conseil d'Etat

Ce revirement jurisprudentiel est datée de 2011

- CE 26 octobre 2011 Association pour la promotion de l'image (affaire des passeports biométriques)
- CE 2012 arrêt Canal Plus

- On retrouve cette rédaction dans les affaires Dieudonné, celle du Burkini ou dans le contrôle des mesures prises dans le cadre de l'Etat d'urgence

L'affaire Canal plus (contrôle des concentrations économiques) montre que ce contrôle joue de manière autonome par rapport aux conditions de légalité précisées par les textes auxquels il s'ajoute

- Il se produit une sorte de dédoublement du contrôle de la qualification juridique des faits.
 - Le juge vérifie le respect des conditions légales fixés par le droit de la concurrence (Code de commerce)
 - Et il vérifie ensuite le respect du principe de proportionnalité

Ce contrôle s'exerce globalement dans le champ de l'atteinte aux libertés

Sans que le juge administratif ne fasse référence à la distinction entre liberté de 1^{er} rang et de second rang que l'on retrouve devant le CC (où le test est appliqué à la seule liberté d'expression) :

- C'est encore ce qu'illustre l'affaire Canal plus : c'est la liberté d'entreprendre qui est en cause. Or en droit français cette liberté fait l'objet de multiples restrictions
- La différence s'explique par la différence de positionnement du CC par rapport aux faits : le CC raisonne par définition de manière abstraite.

Le contrôle de proportionnalité dépend de la source textuelle invoquée devant le juge administratif

- Ainsi de la CEDH. Car la Convention précise elle-même les conditions susceptibles de justifier une atteinte aux libertés.
- Les conditions fixées par la Convention EDH s'en rapprochent mais ne correspondent pas exactement au triple test.
- Conséquence, comme on l'a vu, dans la police des étrangers, le juge procède autrement et ne retrouve pas cette motivation

Quelle est la portée du recours au triple test ?

Il s'agit en fait d'une retouche pour l'essentiel formelle (cosmétique)

- car le juge tenait implicitement ce raisonnement qu'il exposait de manière un peu grossière dans Benjamin
- car le juge énonce aujourd'hui les trois conditions mais ne les distingue pas toujours dans le raisonnement qu'il tient pour construire sa motivation

Sur le fond, la mise en œuvre du triple test n'est pas la garantie d'un contrôle plus poussé

- Car le juge peut moduler à sa guise l'appréciation de chacun des critères
 - Il y a toujours une part de subjectivité/ d'opportunité dans l'appréciation des faits
 - D'autant que le choix de la norme opposée à l'administration peut condamner le juge à ne pas trop pousser son contrôle :
 - Ainsi dans l'affaire Dieudonné (CE, ord 9 janvier 2014): dès lors que le litige est placé sur le terrain de la protection de la dignité humaine, cela interdit au juge de chipoter / de mégoter sur la proportionnalité ou non de la décision
- D'autant que pour le juge administratif l'appréciation de la nécessité de la mesure de police dépend souvent de considérations pratiques extérieures à la décision elle-même
 - CE 11 décembre 2015 Affaire Domenjoud
 - Assignation à résidence d'un militant écolo décidée dans le cadre de l'état d'urgence justifié non par les menées terroristes mais par son

activisme à l'occasion de la cop 21 susceptibles de mobiliser des forces de l'ordre alors que l'action des forces de l'ordre doit être concentrée sur la lutte contre le terrorisme.

- On retrouve ce type de raisonnement dans des arrêts des années 1930.

On le voit le triple test ne révolutionne pas le contrôle de l'adaptation de la mesure aux fait

D'ailleurs, le Conseil d'Etat ne s'y réfère pas toujours préférant au titre d'un entier contrôle de proportionnalité opter pour la balance des intérêts en présence

- Pour un exemple parlant, la rédaction significative de l'arrêt rendu par l'Assemblée du CE dans l'affaire de la consultation des archives du Président Mitterrand concernant le Rwanda. (CE 12 juin 2020)

« Afin de déterminer s'il y a lieu ou non de faire droit à une telle demande de consultation anticipée, il appartient à cette dernière de mettre en balance les différents intérêts en présence, d'une part, l'intérêt légitime du demandeur apprécié au regard du droit de demander compte à tout agent public de son administration posé par l'article 15 de la Déclaration du 26 août 1789 et de la liberté de recevoir et de communiquer des informations protégée par l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, d'autre part, les intérêts que la loi a entendu protéger.

12. L'intérêt légitime du demandeur doit être apprécié au vu de la démarche qu'il entreprend et du but qu'il poursuit en sollicitant la consultation anticipée d'archives publiques, de la nature des documents en cause et des informations qu'ils comportent. Les risques qui doivent être mis en balance sont ceux d'une atteinte excessive aux intérêts protégés par la loi, en particulier au secret des délibérations du pouvoir exécutif, à la protection qu'appellent la conduite des relations extérieures et la défense des intérêts fondamentaux de l'Etat ou encore à la sécurité des personnes. La pesée de l'un et des autres s'effectue en tenant compte notamment de l'effèt, eu égard à la nature des documents en cause, de l'écoulement du temps et, le cas échéant, de la circonstance que ces documents ont déjà fait l'objet d'une autorisation de consultation anticipée ou ont été rendus publics.

13. Il ressort des pièces du dossier que la demande de M. A... portait initialement sur des documents non classifiés répertoriés dans dix-huit dossiers cotés. Il a été autorisé, par deux décisions du 7 décembre 2015 et du 22 décembre 2016, à consulter, de manière anticipée, certains de ces dossiers. Les refus litigieux portent sur les dossiers ainsi cotés AG/5(4)/FC/100 - dossiers 1 et 2 ; AG/5(4)/BD/58 ; AG/5(4)/BD/59 - dossiers 1 et 2 ; AG/5(4)/BD/60 - dossiers 1 et 2 ; AG/5(4)/BD/61, dossiers 1 et 2 ; AG/5(4)/BD/62 - dossier 1, sous-dossiers 1 et 2.

14. En premier lieu, il ressort des pièces des dossiers que M. A... est l'auteur de deux ouvrages consacrés au rôle de la France au Rwanda relatant les événements liés au génocide perpétré en 1994. Les demandes de consultation anticipée des archives présidentielles qu'il a présentées sont liées à de nouveaux travaux de recherches engagés pour la préparation d'un ouvrage consacré à la " politique africaine du président François Mitterrand en Afrique centrale (1981-1995) ".

15. En second lieu, les archives publiques ayant fait l'objet d'un refus de consultation, mentionnées au point 13, dont la 10ème chambre de la section du contentieux du Conseil d'Etat a ordonné, par une mesure d'instruction, la communication, hors débat contradictoire, comprennent des documents relatifs à une période qui s'étend de 1991 à 1995, rassemblés par deux conseillers du Président de la République. Pour l'essentiel, ces documents de plusieurs milliers de pages, qui ne sont pas ou plus classifiés, sont des notes adressées au chef de l'Etat par ses conseillers, des comptes rendus de conseils des ministres restreints et de réunions informelles tenues à l'Elysée, des télégrammes diplomatiques, des lettres envoyées ou reçues par le Président de la République, des coupures de presse, des discours officiels tenus par le Président ou d'autres chefs d'Etat et des synthèses sur la situation au Rwanda ou dans d'autres pays. Ils décrivent la politique étrangère et militaire de la France au Rwanda, ainsi que celle de la communauté internationale. Ils révèlent les prises de position personnelles du Président François Mitterrand, de ministres en exercice, de hauts-fonctionnaires français et de certaines personnalités françaises et

étrangères. Ils rendent compte également des conditions dans lesquelles la politique de l'Etat a été conduite, à cet égard, pendant la période de cohabitation entre 1993 et 1995.

16. Eu égard, d'une part, à la nature et à l'objet des documents litigieux et aux informations qu'ils comportent et, d'autre part, au but poursuivi par M. A... dont les travaux s'inscrivent, à la suite des ouvrages qu'il a déjà rédigés, dans la recherche de ce qu'aurait été le rôle exact de la France au Rwanda, entre 1990 et 1995, ses demandes présentent, au regard de la liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées pour nourrir les recherches historiques et le débat sur une question d'intérêt public, un intérêt légitime sans qu'y fasse obstacle sa qualité de physicien, directeur de recherche au CNRS. Il est vrai que la communication des archives litigieuses aurait pour effet de révéler des informations relevant du secret des délibérations du pouvoir exécutif et touchant à la conduite des relations extérieures. Mais d'une part, les documents litigieux, dont aucun élément au dossier ne conduit à penser qu'ils comporteraient des éléments de nature à compromettre, à la date de la présente décision, les intérêts fondamentaux de l'Etat ou la sécurité des personnes, portent sur des événements qui sont survenus il y a plus d'une génération et dont les acteurs ne sont plus, pour la plupart, en activité. D'autre part, il ressort des pièces du dossier que la consultation anticipée des documents litigieux a fait l'objet de plusieurs autorisations ayant donné lieu à leur utilisation dans le cadre de divers articles, ouvrages et rapports. En outre, certaines des informations qu'ils comportent ont déjà été rendues publiques, en particulier par le rapport d'information n°1271 de l'Assemblée nationale du 15 décembre 1998 sur les opérations militaires menées par la France, d'autres pays et l'ONU au Rwanda entre 1990 et 1994.

17. Au terme de la mise en balance des intérêts en présence, il apparaît, à la date de la présente décision, que l'intérêt légitime du demandeur est de nature à justifier, sans que soit portée une atteinte excessive aux intérêts que la loi a entendu protéger, l'accès aux archives litigieuses.

Il s'ensuit que les refus opposés aux demandes de M. A... sont entachés d'illégalité