



HAL
open science

Le renouvellement du contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir

Brahim Ghezzou

► **To cite this version:**

Brahim Ghezzou. Le renouvellement du contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir. Droit. Université Bourgogne Franche-Comté, 2017. Français. NNT : . tel-02242460

HAL Id: tel-02242460

<https://theses.hal.science/tel-02242460>

Submitted on 1 Aug 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE DE BOURGOGNE
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCES ECONOMIQUE ET
POLITIQUE

THESE

présentée et soutenue publiquement

le 7 décembre 2017

en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit public

par

Brahim GHEZZOU

LE RENOUVELLEMENT DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE
L'ADMINISTRATION AU MOYEN DU RECOURS POUR EXCÈS DE
POUVOIR

Directeur de thèse

M. PISSALOUX Jean-Luc

Professeur à l'Institut d'Études Politiques de Lyon

Jury

GOURDOU Jean

Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour– Rapporteur

LAIDIE Yan

Professeur à l'Université de Bourgogne

STAUB Jean-Materne

Professeur à l'Université de Strasbourg – Rapporteur

TRUCHET Didier

Professeur émérite à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Avertissement

La présente version de cette thèse intègre des corrections effectuées après soutenance.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Mes premiers remerciements s'adressent tout naturellement à Monsieur le Professeur Jean-Luc Pissaloux qui a dirigé cette thèse avec patience et dont les précieux conseils et remarques ont été une source constante de motivation et de perfectionnement.

Je suis également très sensible à l'honneur que m'ont fait M. le Professeur Jean GOURDOU, M. le Professeur Yan LAIDIE, M. le Professeur Jean-Maternelle STAUB et M. le Professeur Didier TRUCHET, en acceptant de participer à ce jury de soutenance. Qu'ils veuillent bien agréer le témoignage de ma reconnaissance.

Je suis enfin très reconnaissant à l'effort qu'ont fait M. le Professeur Hervé ARBOUSSET et M. Raymond BUNNER (juriste fiscaliste au ministère de l'Economie et des Finances) pour leur disponibilité et l'amabilité de leurs conseils pour la réalisation de cet ouvrage.

*A tous ceux qui me sont chers
A l'ensemble du personnel de la bibliothèque de l'IUT de Colmar*

TITRE : Le renouvellement du contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir

RÉSUMÉ :

La mise en œuvre des différents textes adoptés récemment ainsi que les évolutions jurisprudentielles intervenues ces dernières années ont fait évoluer le rôle du juge administratif (l'excès de pouvoir). Dans bien des domaines, son rôle va en effet désormais au-delà de la simple confrontation d'un acte administratif avec la règle de droit. Au cœur de la décision d'annulation se placent désormais, outre l'interprétation de la loi, un relevé et une appréciation des faits, éléments que l'on séparait d'ordinaire en raison du principe de la séparation entre l'administration et son juge.

Quelques jurisprudences devenues très classiques, comme d'autres plus récentes, peuvent être considérées comme des manifestations caractéristiques de cette nouvelle tendance du juge à imposer une lecture pragmatique de la légalité, à concevoir une certaine cohérence entre le droit applicable et la réalité des faits, rendant ainsi utile toute annulation contentieuse prononcée dans ce sens.

MOTS-CLEFS

Recours pour excès de pouvoir –juge administratif – recevabilité – acte administratif – délais de jugement – procédures d'urgence – instruction – jugement – sources de légalité –contrôle juridictionnel – exécution de la chose jugée – injonction – contrôle objectif – contrôle d'opportunité – pouvoir discrétionnaire –moyens de contrôle –question de fait– efficacité du contrôle– sécurité juridique– administration– administré – tiers– droits subjectifs- droits objectifs.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJDA	Actualité Juridique de Droit Administratif
AJFP	Actualité Juridique des Fonctions publiques
Art.	Article
Assoc.	Association
BJDU	Bulletin de Jurisprudence de Droit de l'Urbanisme
c./	contre
C.A.A.	Cour Administrative d'Appel
Cass.	Cour de Cassation
C.E.	Conseil d'État
C.E. Ass.	Conseil d'État (Assemblée du contentieux)
C.E. Sect.	Conseil d'État (Section du contentieux)
C.E.D.H. ...	Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales
chron. de juris.	Chronique de jurisprudence
Cie	Compagnie
CJA	Code de justice administrative
CJEG	Cahiers Juridiques de l'Electricité et du Gaz
com.	Commentaire
Concl.	Conclusions
D.	Recueil Dalloz
D., IR	Dalloz, informations rapides
D., SC	Dalloz, sommaires commentés
DA	Droit Administratif
D.C.	Décisions du Conseil constitutionnel
DF	Documentation française
EDCE	Etudes et Documents du Conseil d'État
Fasc.	Fascicule
Gaz. des communes	Gazette des communes
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GACA	Grands arrêts du contentieux administratif
GAJA.....	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
Ibid.	Ibidem

Infra	Ci-dessous
Jcl.	Jurisclasseur
JCP	Jurisclasseur Classique Périodique (La Semaine Juridique)
JCP A	Jurisclasseur Classeur Périodique (Administrations et collectivités territoriales)
J.O.	Journal Officiel
LPA	Les Petites Affiches
NCPC	Nouveau Code de Procédure Civile
Obs.	Observations
Op. cit.	Opera citata (ouvrage cité)
Rec. DC	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Rec. Leb.	Recueil Lebon (des décisions du Conseil d'État)
Req.	Requête
Rev. Adm.	Revue Administrative
RDCA	Répertoire Dalloz Contentieux Administratif
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RGCT	Revue Générale des Collectivités Territoriales
RRJ	Revue de Recherche Juridique
Soc.	Société
Spéc.	Spécialement
Supra	Ci-dessus
Synd.	Syndicat
T.A.	Tribunal Administratif
V.	Voir

SOMMAIRE

PRINCIPALES ABREVIATIONS INTRODUCTION GÉNÉRALE

PARTIE I : LE RENOUVELLEMENT DANS LA TENEUR DU CONTRÔLE

TITRE I : D'UNE APPROCHE PRINCIPALEMENT ABSTRAITE À UNE APPROCHE LARGEMENT CONCRÈTE DANS L'EXAMEN DE L'EXCÈS DE POUVOIR

Chapitre 1 : L'examen concret de l'excès de pouvoir : l'enrichissement par le juge du contenu de la légalité

Chapitre 2 : L'examen concret de l'excès de pouvoir : un positionnement du juge en marge des standards traditionnels de la légalité

TITRE II : D'UNE APPROCHE STRICTEMENT LÉGALISTE À UNE APPROCHE OUVERTEMENT RÉALISTE DANS LA SANCTION DE L'EXCÈS DE POUVOIR

Chapitre 1 : L'inadéquation de l'approche strictement légaliste du recours pour excès de pouvoir à la réalité sociale du litige administratif

Chapitre 2 : L'approche réaliste du recours pour excès de pouvoir comme solution nouvelle au litige administratif

PARTIE II : LE RENOUVELLEMENT DANS LA FINALITÉ DU CONTRÔLE

TITRE I : LA RECHERCHE DE L'EFFICACITÉ AU STADE DE L'EXAMEN DE LA REQUÊTE

Chapitre 1 : L'efficacité du contrôle analysée du point de vue du demandeur : un juge secourable au requérant

Chapitre 2 : L'efficacité du contrôle analysée du point de vue du défendeur : un juge protecteur de l'administration

TITRE II : LA RECHERCHE DE L'EFFICACITÉ LORS DU RÈGLEMENT DU LITIGE

Chapitre 1 : L'efficacité du contrôle analysée sous l'angle de la solution du litige

Chapitre 2 : L'efficacité du contrôle analysée sous l'angle des effets à produire par les solutions apportées aux litiges

CONCLUSION GÉNÉRALE

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

INDEX

TABLE DES MATIÈRES

« (...) après tant d'autres, je ne prétends pas fournir ici des solutions exhaustives ni des recettes infaillibles. Mon dessein est seulement de poser quelques jalons pour éclairer une route sur laquelle d'autres s'engageront ensuite avec un meilleur succès ».
Marcel Waline, *Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration*, EDCE, n° 10, 1956, p. 25.

Soumettre l'action administrative à un contrôle, c'est-à-dire à un ensemble de « *procédés et moyens d'action qui ont pour objet la vérification de l'activité ou de certaines activités de l'administration afin de s'assurer que celle-ci agit en vue de satisfaire les besoins d'intérêt général pour lesquels elle a été créée, dans la sphère de ses compétences, dans le respect de la légalité, et dans les limites des moyens mis à sa disposition* »¹, est caractéristique d'un État de droit, État dans lequel est garantie la prééminence de la règle de droit dans les rapports juridiques entre les sujets (individus/institutions) qui le composent². C'est un fait qui mérite d'être souligné, qui « *mérite l'étonnement* » selon les professeurs Weil et Pouyaud³, car il suppose que cet État, « *dans ses rapport avec ses sujets et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de droit* »⁴. Cette soumission au droit consiste, pour l'autorité administrative, à ne pas aller, dans les décisions qu'elle prend, à l'encontre des règles de droit, dont le respect s'impose à elle. Comme sanction de ces règles, il apparaît important de garantir aux administrés le droit d'agir devant une autorité à l'effet d'obtenir

¹ A. Batselé, *Contrôle de l'administration*, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1996, p. 8.

² Voir dans ce sens, J.-P. Henry, *Vers la fin de l'État de droit*, R.D.P 1977, p. 1208. L'auteur définit l'État de droit comme un « *un système d'organisation dans lequel l'ensemble des rapports sociaux et politiques sont soumis au droit* » ; P. Mouzouraki, *L'efficacité des décisions du juge de la légalité administrative dans le droit français et allemand*, L.G.D.J 1999, p. 1 : « *L'État de droit signifie la prééminence de la règle de droit, la soumission de l'action de tous les membres d'une collectivité, et notamment des pouvoirs publics, à des règles préétablies* » ; J. Chevallier, *L'État de droit*, Montchrestien, 5ème édition 2010.

³ P. Weil, D. Pouyaud, *Droit administratif* PUF 24^{ème} édition 2015, p. 3.

⁴ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, T. 1, réédition Dalloz, 2004, p. 488 à 489, n°164.

l'annulation, la réformation ou en tout cas la non-application des actes administratifs qu'ils contestent.

Il existe deux voies de contrôle permettant de s'assurer de la soumission de l'action administrative aux règles de droit. La première, appelée contrôle administratif, est mise en œuvre par l'intervention soit d'un pouvoir hiérarchique qui se déploie au sein même de l'administration, soit d'un pouvoir de tutelle exercé le plus souvent par le pouvoir central ou en son nom⁵ sur une entité administrative autre que l'État⁶. Dans le premier cas, « *on se trouve en présence d'un contrôle matériellement d'ordre administratif, car les pouvoirs hiérarchiques et de tutelle sont des pouvoirs de la fonction administrative* »⁷, en ce sens que l'acte accompli par un chef, supérieur hiérarchique, ou une autorité de tutelle est un acte d'administration, c'est-à-dire un acte qui consiste à « *pourvoir, par des actes immédiats, incessants, à l'organisation et au fonctionnement des services publics ..., [à] ajouter aux lois qui ne peuvent s'exécuter sans une intervention continue et spontanée de la puissance publique, les actes nécessaires à cette exécution* »⁸. La seconde, appelée contrôle juridictionnel, s'exerce principalement par le moyen du recours pour excès de pouvoir, « *action en justice par laquelle toute personne intéressée peut demander à un tribunal administratif d'annuler une décision administrative quelconque pour illégalité* »⁹. C'est à ce deuxième type de contrôle, et plus précisément à la question de son renouvellement, qu'est consacrée la présente étude, qui porte, par ailleurs, essentiellement sur la période commençant à courir à partir du début du XX^e siècle (même si nous avons été inévitablement conduits à nous intéresser à la période antérieure).

⁵ Celui-ci peut être exercé sous forme, par exemple, de corps d'inspection, telles l'Inspection générale de l'Éducation, des affaires sociales ou encore des finances. L'origine des corps d'inspection remonte au Consulat et à l'Empire. Voir dans ce sens, J. Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 26^{ème} édition, p. 587 ; J.-L. Pissaloux, *Les inspections générales au sein de l'administration française : structures, fonctions et évolution*, *Revue Française d'Administration Publique (RFAP)*, 2015, n° 155, p. 601-622, « *Du contrôle à l'évaluation : l'évolution des fonctions d'inspection* », numéro réalisé sous la responsabilité scientifique de J.-L. Pissaloux.

⁶ Voir dans ce sens, J. Moreau, *Droit administratif*, PUF, 1^{ère} édition, 1989, n° 87.

⁷ R. Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration, étude de droit administratif comparé*, réédition Dalloz, 2006, p. 5.

⁸ E. Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, *R.D.P* 1900, v. 1, p 232.

⁹ M. Waline, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, *Cours professé à l'université du Caire, Fouad I^{er}, éditeur*, Le Caire : Université Fouad 1^{er} 1949, p. 104.

§1. PRÉCISIONS TERMINOLOGIQUES

Des précisions s'imposent au sujet du terme « renouvellement », notion centrale de notre sujet de recherche. Il importe de définir le mot, puis d'en justifier le choix.

« Renouvellement » doit être entendu comme un changement plus ou moins important. Transposé dans notre étude, il s'agit du changement de certains caractères et aspects du contrôle juridictionnel de l'administration par la voie du recours pour excès de pouvoir.

Le choix de ce terme nous a paru le mieux à même de rendre compte, aujourd'hui, de la réalité du contrôle juridictionnel par cette voie de recours. Il est, en effet, le seul qui, tout en intégrant l'idée de nouveauté, n'exclut pas la présence d'éléments de continuité dans l'objet étudié. Des termes proches auraient pu être envisagés pour la formulation de notre sujet de recherche, tels que **transformation** ou **mutation**, mais ces mots écartent l'hypothèse de la présence d'éléments de continuité, du maintien ou encore de la permanence dans certains caractères et aspects de ce contrôle. Retenir un de ces mots dans l'énoncé de la problématique de notre recherche serait revenu à soutenir la thèse de l'avènement d'un type de contrôle juridictionnel tout à fait original, ce qui n'est pas conforme à la réalité. En effet, les solutions consacrées récemment par le Conseil d'Etat n'étaient du moins pas dépourvues de lien avec sa position antérieure. Il s'agit donc d'un contrôle juridictionnel qui s'inscrit dans une perspective renouvelée, qui n'est ni tout à fait une autre, ni tout à fait la même¹⁰.

§2 : CADRE DE LA RECHERCHE

Nos investigations n'ont pas porté sur les questions ci-après.

A. Le plein contentieux

A été laissée en dehors du champ de notre étude la question du contentieux de pleine juridiction, et cela en raison des pouvoirs très larges dont dispose le juge administratif dans ce type de contentieux. Il peut, en effet, annuler la décision administrative qui lui est déférée, la réformer totalement ou partiellement, exercer un pouvoir de substitution mais aussi

¹⁰ Voir dans ce sens, C. Leclerc, *Le renouvellement de l'office du juge administratif français*, Thèse Dijon, 2012, précité, p. 24 ; C. Guettier, note sous CE, Sect., 6 février 2004, *Mme Hallal*, R.D.P. 2005, p. 530.

condamner pécuniairement l'administration¹¹. Par ailleurs, dans cette catégorie de contentieux de pleine juridiction, le déséquilibre qui caractérise les rapports entre l'administration et les justiciables se trouve atténué, voire inexistant. En effet, dans l'hypothèse, par exemple, du contentieux contractuel, l'administration délaisse volontairement ses prérogatives de puissance publique (pouvoir de créer unilatéralement des normes nouvelles et de modifier l'ordonnement juridique) et consent à traiter d'égal à égal avec les administrés. Un tel contentieux ne soulève donc pas de difficultés particulières, notamment en matière de preuve ou en ce qui concerne les mesures relatives à l'exécution du contrat ou l'engagement de la responsabilité des parties au litige qui découle naturellement de la reconnaissance d'un dommage. D'autant qu'aujourd'hui, le recours en matière contractuelle est largement concurrencé par le recours pour excès de pouvoir. Tel est le cas des contentieux visant certains contrats administratifs¹², les clauses réglementaires de tout contrat administratif¹³ ou encore les actes détachables d'un contrat¹⁴. Par ailleurs, le Conseil d'Etat vient d'assouplir sa position en admettant la possibilité de faire valoir un droit pécuniaire (revendication qui relevait jusque-là du seul plein contentieux) par voie de recours pour excès de pouvoir¹⁵. Enfin, certains contentieux, notamment en matière fiscale ou d'édifices menaçant ruine, sont régis par des textes qui remontent aux origines du contentieux administratif et qui, du fait de leur ancienneté, présentent donc peu d'intérêt pour notre sujet de recherche.

Dans l'exposé de notre tentative de démonstration d'un renouvellement du contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, objet de notre thèse, nous nous efforcerons toutefois de signaler les éventuelles différences ou ressemblances entre le contentieux de pleine juridiction et celui de l'excès de pouvoir.

¹¹ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1896, T. 1, 2^{ème} édition, p. XVII « Cette ... branche du contentieux administratif comprend de nombreuses catégories d'affaires dans lesquelles la juridiction administrative exerce les pouvoirs les plus larges. Elle est juge du fait et du droit, elle prononce entre l'administration et ses contradicteurs comme les tribunaux ordinaires entre deux parties litigantes ; elle réforme les décisions prises par l'administration, non seulement quand elles sont illégales, mais encore lorsqu'elles sont erronées ; elle leur substitue des décisions nouvelles ; elle constate des obligations et prononce des condamnations pécuniaires ».

¹² C.E Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *Rec.*, p. 375, *R.F.D.A* 1999, p. 128, note D. Pouyaud. Recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre le contrat de recrutement d'un agent public.

¹³ CE, Ass., 10 juillet 1996, Cayzele, *Rec.*, p. 274, *A.J.D.A* 1996, p. 732, chron., Chauvaux et Girardot, *R.F.D.A* 1997, note P. Delvolvé. Clauses établissant le tarif d'un service public (collecte et l'évacuation des ordures ménagères). Confirmé récemment par CE, Ass., 4 avril 2014, *Département Tarn-et-Garonne*, *Rec.*, p. 70, *GA.J.A* n° 114 : « indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ».

¹⁴ CE, 4 août 1905, Martin, *Rec.*, p. 749, *R.D.P* 1906 p. 249, note Jèze ; S. 1906. 3. 49, note Hauriou.

¹⁵ CE, 9 décembre 2011, Marcou, *Rec.* p. 616, concl. Keller; *R.F.D.A* 2012, p. 279 et p. 441, note R. Rambaud; *A.J.D.A* 2012, p. 897, note Legrand; *J.C.P Adm.* 2012. 2175, comm. Pacteau.

B. La question de la légitimité du contrôle juridictionnel de l'administration

De même, a été exclue de notre étude la question de la légitimité du contrôle juridictionnel de l'administration, et plus particulièrement lorsqu'il est exercé par le Conseil d'État dans des affaires dont il a préalablement été saisi pour avis. À ce propos, on peut dire que, malgré les modifications apportées par le Code de justice administrative¹⁶ afin d'assurer, par exemple, qu'une personne ne puisse, dans la même affaire, être successivement conseiller et juge ou qu'un juge ne puisse accéder, dans une affaire dont il est saisi, à l'avis du Conseil d'État et au dossier de cet avis¹⁷, la Haute juridiction administrative, deux siècles après sa création par la Constitution de l'an VIII, a toujours du mal à effacer, même avec ses grands arrêts, une réalité qui a longtemps jalonné son histoire¹⁸, à savoir qu'elle ne présentait à aucun degré le caractère d'un tribunal indépendant¹⁹, et que c'était, en réalité, l'administration qui se jugeait elle-même²⁰.

¹⁶ Décret n° 2008-225 du 6 mars 2008 portant modification ou création des articles R.122-21, R.122-21-1 et R.122-21-2 du code justice administrative et décret n° 2011-1950 du 23 décembre 2011 qui a créé l'article article R.122-21-3 du code de justice administrative.

¹⁷ Voir à ce propos, J.-M. Sauvé, *Bien juger aujourd'hui, une mission impossible ? Académie de législation de Toulouse, Vendredi 13 décembre 2013*.

¹⁸ La question du statut de la juridiction administrative avait été soulevée devant le Comité consultatif constitutionnel le 5 août 1958, concernant la portée du titre VIII de l'avant-projet de Constitution intitulé « De la justice » ; le garde des Sceaux de l'époque Michel Debré, avait proposé le titre « *De l'indépendance de la magistrature* », car il estimait, qu'il fallait rester «... *fidèle au principe qui veut que la magistrature administrative n'existe pas, que ce sont simplement des fonctionnaires administratifs qui occupent les fonctions de juge ; il ne faut pas croire à une magistrature administrative, il faut croire à des fonctionnaires administratifs libres qui exercent des fonctions judiciaires – ceci étant une opinion personnelle, la magistrature du droit commun est celle dont la Constitution doit se préoccuper, car c'est elle qui assure le règlement des litiges (...) en laissant de côté le problème de la magistrature administrative dont on considère à tout le moins qu'il est secondaire (...)* », Discours du garde des Sceaux Michel Debré, Document pour servir l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, Paris la documentation française, Vol II, 1988, p. 162.

¹⁹ « *Rien n'égale le désespoir des plaideurs, disait Dupin aîné à la Chambre des députés, quand on leur annonce qu'ils seront jugés par le Conseil d'État* », Dupin aîné, Chambre des députés séance du 10 avril 1828.

²⁰ A en témoigne encore aujourd'hui l'arrêt : CE, 16 avril 2010, req., n° 320667, *Assoc. Alcaly et a.* : JurisData n° 2010-004131, *A.J.D.A.*, 2010, p. 812, dans lequel est soulevée une QPC sur le problème de la conformité à la Constitution du double rôle du Conseil d'État (conseil du Gouvernement et juge).

Voir sur cette question Y. Laidié, *Les libéraux et la justice administrative au XIXème siècle : un mariage de raison ?*, *Rev. adm.* 2001, p. 5. Et pour une opinion contraire à la nôtre, B. Pacteau, *Le contrôle de l'administration par une juridiction administrative. Existence ou non d'une juridiction administrative, La conception française du contentieux administratif*, *Rev. adm.* 2000, n° spécial 3, p. 104 : « *si notre dualité est aujourd'hui pleinement respectable, c'est parce que la juridiction administrative s'est reniée, parce que tout ce qui la rapproche de l'administration n'est plus qu'apparence et façade trompeuse. Cela conduirait à ne plus justifier la dualité que parce que le juge administratif a désormais un statut quasi-judiciaire, et plus encore, en tant que sa finalité est, comme pour les autres juges, de garantir le droit et les droits, ayant en somme changé et même inversé sa raison d'être*».

C. La médiation en tant que mode alternatif de règlement des litiges

Enfin, la recherche proposée ne vise pas non plus à étudier les modes alternatifs de règlement des litiges, et plus particulièrement la procédure de médiation, dont le champ d'application vient d'être élargi par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle à tous les différends en matière administrative, et qui peut être mise en œuvre à l'initiative du juge administratif, lequel, après avoir obtenu l'accord des parties, pourra tenter de parvenir à un accord entre ces dernières²¹. Cette procédure est actuellement dans une phase d'expérimentation d'une durée de quatre ans. Par ailleurs, elle est limitée, d'une part, aux recours contentieux formés par certains agents soumis aux dispositions de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires à l'encontre d'actes relatifs à leur situation personnelle, et, d'autre part, aux requêtes relatives aux prestations, allocations ou droits attribués au titre de l'aide ou de l'action sociale, du logement ou en faveur des travailleurs privés d'emploi peuvent faire l'objet d'une médiation préalable obligatoire, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. Tous ces domaines ne rentrent pas dans le cadre de notre recherche.

§3. INTÉRÊT ET PROBLÉMATIQUE DE LA RECHERCHE

Traiter la question du renouvellement du contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir est un exercice difficile et périlleux à bien des égards. Tout d'abord, nous revenons sur une œuvre majeure consacrée au sujet, il y a presque un siècle, par un grand maître du droit administratif : Raphaël Alibert qui a offert à la doctrine la première synthèse en la matière. La seule reprise du titre (*Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*) fait courir le risque de dénaturer celle-ci ou du moins de répéter d'une façon plus au moins fidèle ce qui a déjà été énoncé par l'auteur, en un mot de « tomber dans le plagiat », comme le craignait déjà le Professeur Jean Gourdou, lorsqu'il a repris à son compte la problématique des « *conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir* »²² analysée par le Professeur Prosper Weil, pour l'étudier sous l'angle des « *conséquences de la constatation*

²¹ Arti. L 213-7 CJA.

²² P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, thèse, Paris, Jouve, 1952.

de l'illégalité d'un acte administratif par le juge administratif»²³. Ensuite, il faut bien reconnaître que, ce sujet n'est plus en vogue. Ayant fait, ces dernières décennies l'objet, de travaux de recherche aussi nombreux que variés, voire contradictoires (outre les études précitées, analyses de nature purement historique²⁴, sociologique²⁵ ou à finalité résolument pédagogique²⁶ ou encore fonctionnelle²⁷), il peut sembler quasiment épuisé ; « *tout est dit, et l'on vient trop tard* », pour reprendre la formule de Jean de La Bruyère²⁸. Il importe enfin de mentionner la difficulté liée à l'étendue de notre sujet de recherche, tant du point de vue matériel que temporel : nous avons en effet été amené à explorer un champ de recherche très vaste, englobant quasiment tous les domaines du contentieux administratif, et nous avons également été obligé de remonter jusqu'aux origines mêmes du contrôle juridictionnel de l'administration (premiers arrêts rendus par le Conseil d'Etat en la matière). Une limitation dans le temps du champ de la recherche eût été concevable : nous aurions pu, par exemple, retenir la date de l'arrêt « *Ville-Nouvelle Est* » du 28 mai 1971²⁹, date charnière dans le renouvellement du contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir. Toutefois, par souci pédagogique, il nous a paru nécessaire d'aborder préalablement la situation antérieure, puis les décisions récentes, afin de dégager l'apport et éventuellement la portée de telle ou telle solution retenue par le Conseil d'Etat.

Pour relever ce défi, il nous faut convaincre de l'intérêt de cette recherche et des problématiques que soulève encore aujourd'hui la question du contrôle juridictionnel de l'administration par la voie de recours pour excès de pouvoir. Nous avons essayé d'aborder celle-ci de manière dynamique, avec la préoccupation constante de déterminer quel est exactement le rôle que doit jouer le juge administratif dans le règlement des litiges et, plus généralement, dans le milieu social où ses décisions sont appliquées, car, aujourd'hui plus que

²³ J. Gourdou, *Les conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par le juge administratif*, thèse Pau 1996.

²⁴ P. Landon, *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, L.G.D.J., 1962 ; P. Landon, *Le recours pour excès de pouvoir depuis 1954*, L.G.D.J., 1968.

²⁵ J. Frayssinet, J.-P. Guin et R. Blum, *Administration et justice administrative face aux administrés*, PUF, *Travaux et mémoires de la faculté de droit et de sc po d'Aix-Marseille*, 1972 ; M. Gjidara, *La fonction administrative contentieuse*, L.G.D.J., 1972 ; C. Leclerc, *Le renouvellement de l'office du juge administratif français*, Thèse Dijon, 2012, p. 35.

²⁶ J.-F. Brisson, *Le recours pour excès de pouvoir*, Ellipses, 2004.

²⁷ A. Claeys, *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Thèse Poitiers 2005.

²⁸ Les caractères, réimpression de l'édition de 1696, Paris, librairie des bibliographies, M DCCC LXXIII, p. 79. Cité par Florent Blonco, *Pouvoir du juge et contentieux administratif de la légalité, contribution à l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, P.U.A.M 2010, p. 29.

²⁹ *Rec.* 409, concl., Braibant, *A.J.D.A* 1971 p.404, chr. Labetoulle et Cabanes et p.463, concl. Braibant, *RA* 1971p.422, concl. Braibant, *CJEG* 1972. J.38, note Virole ; *D.* 1972 p.194, note Lemasurier, *JCP* 1971.II.16873, note Homont, *R.D.P* 1972 p.454, note Waline, précité.

jamais, « lorsqu'il tranche un litige particulier, le juge, spécialement le juge administratif, ne peut manquer de se préoccuper de la place que prend dans le droit positif la solution qu'il a dégagée (...), ne saurait se désintéresser de la portée de la solution qu'il impose »³⁰.

A. INTÉRÊT DE LA RECHERCHE

L'environnement professionnel du juge administratif a sensiblement changé depuis le milieu du XX^e siècle. Les mutations intervenues ont conduit à une évolution de son office. Notre recherche a visé à mesurer l'incidence de ces dernières sur la nature et les modalités du contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir.

1°) Facteurs de changement du contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir

Plusieurs facteurs d'évolution doivent être évoqués.

a. Emergence et développement d'un contentieux de l'urgence

On assiste, depuis quelques années, à une forte extension des champs d'intervention de la justice, notamment administrative, par exemple en matière de contentieux des étrangers (qui représente, par exemple, pour l'année 2016 : 31,2% des affaires jugées par les Tribunaux administratifs, 48,2% de celles jugées par les Cours administratives d'appel et 17,2% des décisions rendues par le Conseil d'Etat³¹) ou de lutte contre le terrorisme liée au contexte de l'état d'urgence. Ce dernier a marqué plus particulièrement la juridiction administrative, et cela à tous les niveaux. Ainsi, à titre d'exemple, en 2016 l'activité contentieuse a augmenté de + 10% devant le Conseil d'État, qui a, par ailleurs, été amené à examiner 1 376 projets ou propositions de lois. Cela correspond à une hausse de 9,5% par rapport à l'année 2015³². Cette situation est de nature à générer un développement du contentieux de l'urgence, caractérisé par une exigence de célérité s'imposant au juge administratif.

³⁰ Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, L.G.D.J., 1972, p. 97.

³¹ Chiffres officiels fournis par le rapport du Conseil d'État délibéré en assemblée générale le 9 mars 2017, *La Documentation française année 2017*.

³² Idem.

Représentant environ 15 500 affaires chaque année, toutes juridictions administratives confondues³³, le contentieux de l'urgence est, à nos yeux, le facteur capital ayant nécessité un renouvellement des règles régissant le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir. En effet, le traitement efficace de la question de l'urgence suppose la mise en place d'une organisation particulière caractérisée par la mise en œuvre d'une procédure accélérée (l'instruction pouvant se poursuivre à l'audience), faisant intervenir un juge statuant en urgence, seul et sans l'éclairage des conclusions d'un commissaire de gouvernement/rapporteur public. Devoir traiter en urgence un litige administratif suppose, par ailleurs, l'existence d'un enjeu particulier, par exemple la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale (L. 521-2 CJA). Le juge doit apprécier l'urgence d'une façon concrète, c'est-à-dire par une pesée, à la fois subjective et objective, des circonstances de l'espèce³⁴. Il doit aussi affiner, selon une dynamique propre, l'exercice du pouvoir d'injonction³⁵, afin de faire cesser immédiatement et efficacement les agissements irréguliers de l'administration, et tout cela en tenant compte, bien évidemment, du caractère provisoire de ses décisions, qui ne doivent aucunement préjudicier au principal.

b. La nécessité d'améliorer la qualité et la célérité des décisions rendues par les juridictions administratives

Contentieux objectif, procès « *fait à un acte* »³⁶, le recours pour excès de pouvoir, comme instrument de contrôle juridictionnel de l'administration, a longtemps été confondu avec la simple recherche de l'illégalité.

³³ Chiffre fourni par Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, lors dans son intervention intitulée « Le juge administratif, protecteur des libertés » au Colloque organisé pour les dix ans de l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA) jeudi 16 juin 2016 à l'Université d'Auvergne.

³⁴ J.-M. Sauvé, vice-président du Conseil d'État, *Comment réduire les délais de jugement et accélérer les procédures devant les juridictions administratives suprêmes ? L'urgence devant le Conseil d'État : procédures, méthodes de travail et défis nouveaux, intervention au séminaire organisé par l'Association internationale des Hautes juridictions administratives (AIHJA) / International Association of Supreme Administrative Jurisdictions (IASAJ) à Varsovie*, le 23 septembre 2014.

³⁵ Voir, à ce propos, le discours de J.-M. Sauvé, vice-président du Conseil d'État, *Comment réduire les délais de jugement et accélérer les procédures devant les juridictions administratives suprêmes ? L'urgence devant le Conseil d'État : procédures, méthodes de travail et défis nouveaux, intervention au séminaire organisé par l'Association internationale des Hautes juridictions administratives (AIHJA) / International Association of Supreme Administrative Jurisdictions (IASAJ) à Varsovie*, le 23 septembre 2014.

³⁶ Voir dans ce sens, E. Laferrière, « *Le Recours pour excès de pouvoir n'est pas un procès fait à une partie, c'est un procès fait à un acte... Il suit de là que si, dans la procédure d'excès de pouvoir il y a un demandeur, il n'y a pas à proprement parler de défendeur... A défaut de défendeur, il y aura donc un ou plusieurs défenseurs*

On peut, tout d'abord, sur le plan de la qualité des décisions rendues, adresser au recours pour excès de pouvoir deux reproches. Le premier porte sur le fait que tout ce qui relève de l'aspect factuel des choses, à savoir la matérialité des faits et leur qualification juridique, ne peut donner lieu à un débat contentieux devant le juge de l'excès de pouvoir. Le deuxième tient du fait qu'en tant que moyen d'action en annulation, la décision rendue revêt uniquement une dimension destructrice, en ce sens que le jugement de l'excès de pouvoir, lorsqu'il donne raison au requérant, apparaît seulement comme celui qui casse, qui détruit. Par ailleurs, appréciée au regard du droit du requérant à l'exécution effective du jugement obtenu, la décision d'annulation « *ne satisfait pas, à elle seule, aux exigences de l'article 6* »³⁷ de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui, selon la Cour européenne des droits de l'homme, doit permettre aux justiciables d'« *obtenir non seulement la disparition de l'acte litigieux, mais aussi et surtout la levée de ses effets* »³⁸.

Au-delà, le contrôle juridictionnel de l'administration par voie de recours pour excès de pouvoir se fait *a posteriori*, et la décision d'annulation intervient souvent des mois, voire des années, après que l'acte attaqué a épuisé tous ses effets. Une telle situation est doublement préjudiciable : pour le requérant qui, entre-temps, verra sa situation profondément évoluer et dont le préjudice subi ne sera parfois pas réparé par l'annulation obtenue³⁹ ; inquiétante pour l'administration qui, à défaut de pouvoir corriger ce qu'elle a mal fait, sera exposée au risque d'être condamnée à des dédommagements pécuniaires productifs d'intérêts. La lenteur de la procédure administrative contentieuse ne date pas d'hier : Gaston Jèze en a déjà dressé le constat il y a un siècle⁴⁰. « *Trop peu de tribunaux et trop peu de juges face à des procès de plus en plus nombreux* » dit, pour sa part, le Professeur Jacqueline Morand-Deville⁴¹. À ce propos, la France a été condamnée à plusieurs reprises par la Cour européenne des droits de l'homme pour non-respect, notamment par les juridictions administratives, du délai

de l'acte », Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, T. 2, précité, pp. 561-562 ; CE, 8 décembre 1899, *Ville d'Avignon*, S. 1900. 3. 73, note Hauriou : « *Les instances engagées par l'application des lois des 7-14 octobre 1872 n'ont pas le caractère de litiges entre parties* » ; CE, Ass. 21 avril 1944, *Soc. Dockès frères*, Rec. p. 120 ; CE, 19 avril 1950, de Villèle, Rec. p. 214 : « *Le litige soulevé par le Recours pour excès de pouvoir n'est pas un litige entre parties* ».

³⁷ M. Melchior, *La notion de compétence de pleine juridiction dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Velu, Bruyant, 1992, T. 3, p. 1327-1346.*

³⁸ C.E.D.H, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, affaire n° 18357/91, Rec., CEDH 1997-II, AJDA 1997, p. 977, obs. Flauss, JCP G 1997, II, 22949, obs. Dugrip et Sudre)

³⁹ On pense au cas du refus du renouvellement d'un titre de séjours annulé des années après. L'étranger aura déjà été expulsé, voire exposé à des représailles des autorités de son pays où, justement, il prétendait être menacé.

⁴⁰ G. Jèze, *Lenteurs de la procédure devant le Conseil d'État*, R.D.P. 1916, p. 65.

⁴¹ J. Morand-Deville, *Droit administratif*, L.G.D.J 13^{ème} édition, p. 87.

raisonnable de procédure prévu par l'article 6 de la Convention, souvent combiné avec l'article 13⁴². Le droit à réparation des préjudices causés par la durée anormale de l'instance a été consacré par le Conseil d'État sur le fondement non seulement des articles 6 et 13 de la Convention précitée, mais également des « *principes généraux qui gouvernent le fonctionnement de la juridiction administrative* »⁴³. La compétence pour juger des actions en responsabilité dirigées contre l'État en raison de la durée excessive de la procédure devant la juridiction administrative a été attribuée au Conseil d'État en premier et dernier ressort⁴⁴.

c. L'impératif d'adapter le principe de légalité à la réalité des enjeux économiques et sociaux désormais attachés au litige administratif

Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen de recours pour excès de pouvoir repose sur le principe que toute illégalité constatée dans l'action administrative doit être sanctionnée par une annulation rétroactive. Une telle approche, conforme aux exigences du principe de légalité, peut se révéler excessive, dans la mesure où l'annulation d'une décision administrative, notamment réglementaire, peut être source d'insécurité juridique⁴⁵ et déboucher sur des conséquences particulièrement graves pour l'intérêt général. Les effets que la décision annulée avait produits et les situations qui ont pu se constituer seront ainsi susceptibles d'être remis en cause, avec de possibles conséquences négatives sur les finances publiques et, dans certaines hypothèses, cela engendrera un vide juridique tellement grave que seule une loi de validation pourra le combler. Cet impératif d'équilibre entre la logique fiction de la légalité et la réalité des enjeux économiques et sociaux attachés à l'action administrative a eu des incidences sur les méthodes de travail du juge administratif (la possibilité, par exemple, de prononcer des décisions d'annulation aux effets plus variés).

⁴² C.E.D.H 26 octobre 1989, H ; C.E.D.H 26 mars 1992, *Edition Périscope* ; C.E.D.H 26 avril 1994, *Vallée* ; 24 novembre 1994, *Beaumartin* ; C.E.D.H 13 juin 2000, *Serra* ; 23 octobre 2001, *Durand*. La durée des jugements variait dans ces affaires entre 4 ans et 10 ans. Décisions citées par P. Cassia, *G.A.C.A., Dalloz*, 2016, 5^{ème} édition, n°5, p. 116.

⁴³ CE, Ass., 28 juin 2002, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ Magiera, Rec.*, p. 248 ; CE, 18 juin 2008, *Robert*.

⁴⁴ Art. R. 311-1 *C.J.A.*

⁴⁵ La sécurité juridique a été érigée par le Conseil d'État en principe général du droit, cf. CE, Ass., 24 mars 2006, *Sté KPMG et autres, req.*, n°s 288460 et s.

d) Evolution de l'environnement juridique

Par environnement juridique, nous désignons les réformes législatives internes intervenues ainsi que la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

1. Les réformes législatives

Il ne saurait être question de fournir une liste exhaustive des textes ayant pu avoir une influence directe sur la nature et les modalités du contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir. On se contentera d'en citer les principaux : le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 portant réforme du contentieux administratif⁴⁶, la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public, la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008⁴⁷, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

2. La Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

S'il faut caractériser l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le renouvellement du contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, nous dirons que celle-ci a été un facteur d'accélération du

⁴⁶ Ce décret a fait évoluer la place du Conseil d'État en faisant des tribunaux administratif juge de droit commun du contentieux administratif. Cette évolution s'est achevée avec la création des Cours administratives d'appel par la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987.

⁴⁷ Celle-ci uniquement en ce qu'elle consacre, de façon implicite, la constitutionnalité de l'ordre juridictionnel administratif, en réalisant pour la première fois de son histoire, une séparation entre un Conseil d'État chargé de l'exercice de la fonction administrative (Cons. const., art. 37, 38 et 39) et un Conseil d'État placé au sommet de l'un des deux ordres de juridiction qu'elle reconnaît désormais (Cons. const., art. 61-1), mais – aussi et surtout – fait du juge administratif un gardien des libertés individuelles à part entier. Voir dans ce sens, B. G. *La juridiction administrative : nouveaux regards à la suite de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008*, JCP A n° 29, 21 juillet 2014, 2232.

renouvellement. En effet, contrairement à ce qu'on a pu écrire, les grands principes consacrés notamment par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'ont pas été découverts par le Conseil d'État au moment de la construction européenne initiale (Traité de Rome du 4 novembre 1950 et de Paris du 18 avril 1951). À cette époque, « *le juge administratif [vivait déjà] une autre histoire, qui [était] aussi une grande histoire. C' [était] l'époque de l'arrêt Dame Lamotte [CE, 17 février 1950] qui consacra le principe du recours pour excès de pouvoir ouvert contre tout texte réglementaire, c' [était] l'époque de l'arrêt Dehaene [CE, 7 juillet 1950] qui, se fondant sur les principes du préambule de la Constitution de 1946, encadra le droit de grève* »⁴⁸.

On peut situer aux années 1990 le début d'influence de la jurisprudence la Cour européenne des droits de l'homme sur celle du Conseil d'État. La période antérieure était plutôt caractérisée par une certaine méfiance, voire même un « désaccord » entre le Conseil d'État et le juge européen⁴⁹. Cette situation a perduré jusqu'à l'arrêt *Nicolo*⁵⁰, par lequel la Haute juridiction a enfin accepté de faire prévaloir un traité sur une loi même postérieure. C'est ainsi, et afin de se mettre en conformité avec les exigences, notamment, de la Cour européenne des droits de l'homme, que le Conseil d'État a, par exemple, infléchi sa position sur certaines questions de droit, et plus particulièrement en matière du contrôle de l'administration pénitentiaire⁵¹, domaine auquel il a pendant longtemps refusé d'accéder⁵². La juridiction administrative a, par ailleurs, fait récemment l'objet de réformes structurelles afin de prendre en compte les exigences de la convention européenne des droits de l'homme⁵³, et

⁴⁸ B. Stirn, *Le Conseil d'État et l'ordre juridique européen, intervention lors du colloque portant sur L'europanisation du droit : quelle influence de l'Union européenne sur le droit français ?* Grenoble le 9 octobre 2014.

⁴⁹ Période durant laquelle le Conseil d'État manifestait la volonté de rester fidèle à la souveraineté de la loi (CE, 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, *Rec.*, p. 149) et cela allait durer jusqu'aux années 1980 (CE, 13 mai 1983, *Société anonyme René Moline*, req., n° 37030).

⁵⁰ CE, Ass., 20 octobre 1989, n° 108243.

⁵¹ CE, Ass., 17 février 1995, *M. Pascal M.*, req., n° 97754. Le Conseil d'État s'est reconnu compétent pour connaître d'une sanction de mise en cellule de punition pour une durée de huit jours. Voir également dans ce sens, CE, 18 mars 1998, *M. Jean-Marie D.*, n° 191360 à propos du contrôle de la décision par laquelle le directeur d'un centre de détention a déterminé les conditions dans lesquelles les détenus pouvaient acquérir du matériel informatique ; CE, 30 juillet 2003, *Garde des Sceaux c/ M. Saïd R.*, n° 252712, à propos d'une mesure de mise à l'isolement d'un détenu.

⁵² CE, Ass., 27 janvier 1984, *Caillol*, *Rec.*, p. 28.

⁵³ Voir dans ce sens, le décret du 6 mars 2008 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État (séparation plus nette entre les activités consultatives et contentieuses) et décret du 1^{er} août 2006 modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative et décret du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions.

cela depuis la décision de la Cour européenne des droits de l'homme *Kress c/France* du 7 juin 2001⁵⁴.

e) Nouvelles attentes des justiciables et de l'administration

Le besoin de renouvellement du contrôle juridictionnel au moyen du recours pour excès de pouvoir s'est fait sentir, en premier lieu, chez les justiciables (personnes privées) qui, outre le droit à un juge, exigent un accès facile et rapide (en urgence) à ce dernier, ainsi qu'une protection effective et efficace de leurs droits subjectifs.

Ce besoin de renouvellement est senti, en second lieu, par l'administration. Cette dernière souhaite, en effet, que le juge ménage davantage ses intérêts, notamment économiques, et que soit conservée une procédure administrative contentieuse aménagée de façon à ne pas entraver injustement son action. L'autorité administrative est également de plus en plus sensible à une motivation intelligible des décisions du juge administratif, qui lui permette, outre l'hypothèse traditionnelle de demande d'éclaircissements prévue par l'article R.931-1 du Code de justice administrative, de comprendre et de mettre en œuvre facilement les modalités d'exécution de la décision d'annulation dont son acte a fait l'objet.

f) Prise de conscience de la part du juge de la nécessité de faire évoluer et d'adapter son office aux réalités nouvelles du litige administratif

Dans un environnement professionnel ayant connu des mutations marquées, le juge administratif se retrouve désormais confronté à de nouveaux défis, qui dépassent sa fonction traditionnelle de contrôle de la légalité de l'activité administrative. Parmi ces derniers, il y a, tout d'abord, celui de répondre par des mesures efficaces et concrètes aux demandes dont il est saisi⁵⁵, et, à chaque fois, en remplissant jusqu'au bout son rôle juridictionnel, en ordonnant notamment les mesures qui sont la conséquence nécessaire des annulations qu'il prononce⁵⁶.

⁵⁴ C.E.D.H 2001-VI, p. 77-80, *G.A.J.A* n°101. Voir également C.E.D.H 12 avril 2006, *Martinie c/ France*, n° 58675/00, *A.J.D.A* 2006 p.986, note F. Rolin.

⁵⁵ Assurer la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté atteinte grave, faire cesser les agissements irréguliers de l'administration.

⁵⁶ L. Marie, *De l'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative*, *R.D.P.*, 1901, p. 265.

Il faut mentionner ensuite le défi de satisfaire le besoin de justice (pas toujours légitime)⁵⁷ exprimé par un justiciable de plus en plus exigeant⁵⁸. Cet objectif peut se révéler encore plus ardu pour le juge, lorsque ce besoin de justice est également ressenti par une opinion publique confrontée à des événements dramatiques. Il peut en être ainsi à l'occasion d'affaires sensibles, où se mêlent parfois acteurs politiques et organes de communication divers, qui ne font qu'ajouter « à la complexité des débats une tension supplémentaire chez les parties [dont certaines] cherchant à influencer l'issue d'un procès par des prises de position répétées assimilables à de véritables campagnes de presse souvent à côté des acteurs politiques »⁵⁹ ; il devient alors très difficile, pour le juge de l'excès de pouvoir, de dire le droit dans un environnement serein. À ce propos, on se souvient des tensions suscitées, par exemple, par les affaires *Ministre de l'intérieur c/Société de les productions de la Plume et Dieudonné M'Bla M'Bala* du 9 janvier 2014 (Rec., p. 1), *Association de défense des droits de l'homme - Collectif contre l'islamophobie en France*, du 26 septembre 2016 (req., n°403578) et *Vincent Lambert* du 14 février 2014 (req. n°375081). Dans cette dernière espèce, la gravité des faits et le poids particulier de la responsabilité ressenti par le juge de l'excès de pouvoir appelé à répondre à la très grave question lui ayant été posée ont même fait douter ce dernier, qui est allé s'expliquer en public, comme pour prendre l'opinion publique à témoin sur la teneur de sa décision. Enfin, le juge doit veiller à ce que ses décisions ne créent pas d'insécurité juridique et, surtout, garantissent un juste équilibre entre le respect des libertés publiques et la sauvegarde de l'intérêt général⁶⁰. Car, « s'il [cherche] certes à assurer au citoyen une protection contre le pouvoir, il ne [peut] oublier qu'il lui [incombe] également d'assurer à l'Administration les moyens d'action nécessaires et de la mettre à l'abri d'exigences susceptibles de compromettre les intérêts généraux dont elle [a] la charge »⁶¹.

⁵⁷ Nous pensons à l'hypothèse du recours abusif notamment en matière immobilière. Voir à ce propos l'ordonnance n°2013-638 du 18 juillet 2013, art. L. 600-7 du Code de l'urbanisme. Voir également art. Art. L. 600-5 et Art. L. 600-5-1 du même code.

⁵⁸ C. Leclerc, *Le renouvellement de l'office du juge administratif français*, Thèse Dijon, 2012, p. 35, précité.

⁵⁹ J.-M. Sauvé, vice-président du Conseil d'État, *Comment réduire les délais de jugement et accélérer les procédures devant les juridictions administratives suprêmes ? L'urgence devant le Conseil d'État : procédures, méthodes de travail et défis nouveaux, intervention au séminaire organisé par l'Association internationale des Hautes juridictions administratives (AIHJA) / International Association of Supreme Administrative Jurisdictions (IASAJ) à Varsovie*, le 23 septembre 2014.

⁶⁰ TC, 8 février 1873, *Blanco*, Rec., p. 1, G.A.J.A, n° 1

⁶¹ P. Weil, D. Pouyaud, *Droit administratif* PUF 24^{ème} édition 2015, p. 15.

B. EXPOSÉ DE LA PROBLÉMATIQUE DE LA RECHERCHE

Les divers facteurs que nous venons de passer en revue ont fait émerger, tant chez les justiciables (personnes privées et administration) que chez le juge administratif, un besoin de renouvellement du contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir; et provoqué une mutation plus ou moins importante de l'office du juge de l'excès de pouvoir.

Notre travail de recherche a visé essentiellement à tenter de cerner ce concept de renouvellement, en essayant de répondre aux questions qu'il soulève.

Il nous incombait, d'abord, d'examiner la teneur, c'est-à-dire la nature, du renouvellement (changement des méthodes de travail, de l'attitude du juge administratif, etc.), en soulignant, le cas échéant, les étapes de l'évolution. Il convenait, ensuite, d'apprécier l'importance de ce renouvellement, le degré de changement intervenu (renouvellement profond, complet, ou changement modéré, partiel), ou même de constater une absence d'évolution.

À cette fin, nous avons été amené à porter particulièrement notre attention sur les trois problèmes suivants : la nouvelle approche de la légalité (plus concrète, plus pragmatique) résultant de la jurisprudence du Conseil d'État, le nouveau visage du litige administratif (celui-ci n'est plus un simple procès fait à un acte mais bel et bien un litige entre parties), le nouveau rôle et l'étendue du pouvoir de contrôle du juge de l'excès de pouvoir dans la solution des litiges qui lui sont soumis.

§4 : MÉTHODE SUIVIE ET ANNONCE DU PLAN

Avant de poursuivre notre recherche, donnant quelques indications sur la méthode suivie.

A. MÉTHODE SUIVIE

Notre recherche s'est appuyée essentiellement sur le droit positif, c'est-à-dire sur un examen attentif des dispositions légales intervenues ainsi que de jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour européenne des droits de l'homme. Nous nous sommes également efforcé de tirer parti, de l'œuvre des grands noms de la doctrine française ayant marqué d'une empreinte indélébile l'histoire de cette discipline. Nous avons, en revanche, fait délibérément

abstraction de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, en raison de l'obligation, pour tout juge, de s'adapter à celle-ci, par application du principe selon lequel : « *les décisions du Conseil constitutionnel ... s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* »⁶².

B. ANNONCE DU PLAN

Nous sommes parti de la conception traditionnelle du contrôle juridictionnel, consistant principalement à vérifier la conformité au droit de l'action administrative, et avons essayé de confronter cette conception à la réalité factuelle du litige administratif. Chemin faisant, nous avons abordé la question du rôle du juge administratif et de l'efficacité de son intervention dans le jugement de la légalité.

Nous ferons les deux grandes divisions suivantes de notre travail.

PARTIE I : LE RENOUVELLEMENT DANS LA TENEUR DU CONTRÔLE

PARTIE II : LE RENOUVELLEMENT DANS LA FINALITÉ DU CONTRÔLE

⁶² Art. 62 de la Constitution du 4 octobre 1958.

PARTIE I :
LE RENOUVELLEMENT DANS LA TENEUR DU CONTRÔLE

Nous nous proposons d'examiner dans cette première partie la question du renouvellement dans la teneur du contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir. Notre propos sera de démontrer les changements qui se sont produits dans la nature et le contenu de ce contrôle.

Le point de départ de notre analyse est le constat suivant : jusqu'à une époque relativement récente le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir était le résultat d'une simple opération de pure logique abstraite et mécanique, se bornant à discuter la question de la conformité au droit d'une décision administrative et ne visant qu'à aboutir à l'annulation de cette dernière. Par contraste avec cette situation nous commencerons par mettre en lumière la nouvelle approche « concrète » de la légalité qui se dégage de la jurisprudence relativement récente du Conseil d'Etat. Au cœur du contrôle exercé par le juge administratif on trouve en effet désormais, outre la traditionnelle démarche d'interprétation et d'application de la loi, un relevé et une appréciation des faits, éléments d'ordinaire dissociés en raison du principe de séparation entre l'administration et son juge, entre le juge administratif et l'administrateur.

Dans un second temps, nous insisterons sur l'approche réaliste et humaine qui caractérise désormais le contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Ce dernier s'est en effet progressivement libéré du traditionnel schéma binaire qui ne lui laissait le choix qu'entre annuler ou confirmer – en tout ou en partie – la décision administrative contestée, et se permet désormais d'apprécier l'opportunité de prononcer une annulation, afin de préserver les intérêts en présence dans un litige administratif.

Cette première partie de notre thèse sera donc subdivisée en deux titres :

TITRE I : D'UNE APPROCHE PRINCIPALEMENT ABSTRAITE À UNE APPROCHE LARGEMENT CONCRÈTE DANS L'EXAMEN DE L'EXCÈS DE POUVOIR

TITRE II : D'UNE APPROCHE STRICTEMENT LÉGALISTE À UNE APPROCHE OUVERTEMENT RÉALISTE DANS LA SANCTION DE L'EXCÈS DE POUVOIR

TITRE I :
D'UNE APPROCHE PRINCIPALEMENT ABSTRAITE À UNE APPROCHE
LARGEMENT CONCRÈTE DANS L'EXAMEN DE L'EXCÈS DE POUVOIR

Un agent public à qui est reproché une faute disciplinaire ne peut en principe, si on prend la légalité dans son sens strict, attaquer la sanction qui lui a été infligée que pour non-conformité au droit. Saisi en ce sens, le juge de l'excès de pouvoir vérifie si l'autorité hiérarchique est compétente, qu'elle a respecté les règles de forme et de procédure, qu'elle n'a pas commis de détournement de pouvoir, c'est-à-dire qu'elle a poursuivi le but que lui a été assigné par le droit, que sa décision ne viole pas la loi. Cela dit, tout ce qui relève de la matérialité des faits et leur qualification juridique ne peut en principe faire l'objet d'un débat contentieux devant le juge de l'excès de pouvoir. Une telle approche du contrôle juridictionnel de l'administration peut donner lieu à un sentiment de « *déni de justice* »⁶³, puisque n'importe qu'elle sanction conforme au droit sera jugée régulière, par ailleurs, n'importe qu'elle faute – voire la plus minime – peut impunément justifier une sanction disciplinaire – voire la plus lourde –⁶⁴ qui, forcément, échapperait à la censure du juge de l'excès de pouvoir⁶⁵.

Face à cette réalité, le Conseil d'État n'a pas voulu enfermer le recours pour excès de pouvoir dans une pure et simple question de légalité ; il s'est refusé à accepter cette dernière comme un cadre définitif. Ainsi, en dehors des moyens d'annulation traditionnels (internes et externes) auxquels l'acte administratif devait être confronté, le juge va recourir aux éléments de fait pour l'appréciation de la légalité. Ce faisant, il élargit le contenu de cette dernière, en faisant appel, d'une manière plus ou moins ostensible, à des éléments factuels pour apprécier la régularité de l'action administrative (**Chapitre 1^{er}**) et lorsque les circonstances de l'espèce le justifient, le juge n'hésite pas à se positionner en marge des standards traditionnels de la légalité afin de mieux cerner les vices dont est entachée l'action administrative (**Chapitre 2^{ème}**).

⁶³ L. Favoreu, *Du déni de justice en droit administratif français*, L.G.D.J 1964.

⁶⁴ B. Pacteau, note sous, CE, 1 octobre 1976, Soucasse, *D.* 1977, p. 553.

⁶⁵ Une affaire particulièrement célèbre avait suscité des critiques au sein même du Conseil d'État (CE, 22 novembre 1967, *Administration générale de l'assistance publique/Delle Chevreau*, concl. J. Kahn, *Droit ouvrier* 1968, p. 113). Dans cette espèce, la Haute juridiction administrative avait, en effet, refusé de contrôler la décision de licencier une infirmière rendue coupable pour avoir brutalisé quelque peu et sans gravité l'une des malades de son service. « *S'il est injuste, soulignait le commissaire de gouvernement Kahn, d'infliger un avertissement ou un blâme pour un fait qui n'est pas de nature à justifier une sanction, il n'est pas moins injuste de chasser du service un agent qui ne s'est rendu coupable que d'une faute vénielle* ».

Chapitre 1.

L'examen concret de l'excès de pouvoir : l'enrichissement par le juge du contenu de la légalité

Le fait que le juge de l'excès de pouvoir sélectionne certains éléments de fait et les expose, les analyse pour contrôler une décision administrative démontre leur importance et leur pertinence dans le débat contentieux. Pareil choix accorde auxdits éléments une présence dans le jugement de la légalité, qui est une composante essentielle de l'argumentation juridique dans le jugement de l'excès de pouvoir. Ce faisant, le juge de l'excès de pouvoir va, progressivement, rompre avec son attitude traditionnelle de réserve voire d'indifférence à l'égard des données factuelles d'un acte administratif (section 1^{ère}), avant de consacrer, définitivement, ensuite la situation factuelle comme composante nouvelle de la légalité (Section 2nde).

Section 1.

L'attitude traditionnelle de réserve voire d'indifférence du juge à l'égard des données factuelles d'un acte administratif

Pendant longtemps, le Conseil d'État a suivi, assez rigoureusement, la ligne de conduite suivante : une erreur de fait commise par l'autorité administrative ne peut être, par définition, regardée comme une violation de la loi justifiant l'annulation d'un acte administratif.

Le refus de la Haute juridiction de voir dans l'erreur de fait un grief pouvant justifier une demande en annulation répondait à la conception traditionnelle de l'illégalité (définie comme violation de la loi) telle qu'elle avait été posée en 1864⁶⁶. Cette conception ayant conduit le juge administratif à être juge du droit dans le contentieux de l'annulation et juge, à la fois, du fait et du droit dans celui de pleine juridiction⁶⁷. Un acte administratif fondé sur un fait matériellement inexact échappait ainsi à la censure du Conseil d'État. L'erreur de fait, résultant d'une fausse appréciation des circonstances par l'administrateur ou d'une inexactitude matérielle, ne constituait pas une violation de la loi, et par conséquent un cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir⁶⁸.

Les raisons classiques qui ont présidé pendant longtemps au refus de contrôle du juge de l'excès de pouvoir sur les éléments de faits de l'action administrative sont bien connues⁶⁹

⁶⁶ « Le Conseil d'État, lorsqu'il est saisi du recours pour incompétence ou excès de pouvoir, ne peut pas s'occuper du fond. Il exerce une autorité analogue à celle de la cour de cassation », De Cormenin, *Droit administratif*, Paris Pagnerre 1840, 5^{ème} édition, p. 28 ; « Le contentieux d'annulation comprend les affaires dans lesquelles les tribunaux administratifs ne sont pas appelés qu'à se prononcer sur la régularité ou l'illégalité des actes qui leur sont soumis. Les pouvoirs de la juridiction saisie sont alors limités (...) elle n'a qualité que pour examiner la légalité des actes litigieux, et ne peut en aucune façon s'occuper de l'opportunité de ces actes ou des erreurs de faits qu'il peuvent contenir, elle ne peut que rejeter ou annuler l'acte qui lui défère, mais elle n'a le pouvoir ni de réformer cet acte, ni de lui substituer sa propre décision », Bremond, *Traité théorique et pratique de la compétence administrative*, Paris librairie du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais 1894, p. 820. Voir également dans ce sens, Aucoc et Laferrière.

⁶⁷ « A la fin du XIX^e siècle, écrit Léo Goldenberg, la doctrine enseigne que le Conseil d'État est juge du droit dans le contentieux de l'annulation, juge de fait et du droit dans le contentieux de pleine juridiction », L. Goldenberg, *Le Conseil d'État, juge du fait*, thèse Paris, Dalloz, 1932, p. 122.

⁶⁸ La décision Hubersen en date du 18 mars 1910 (*Rec.*, p. 259) est particulièrement catégorique : « Considérant que l'unique grief relevé par la requête du sieur Hubersen contre la décision de la commission spéciale de Béthune est tiré de ce qu'elle contiendrait, une erreur de fait; que, même en la tenant pour établie, cette erreur ne saurait constituer un excès de pouvoir ou une violation de la loi ». Voir dans également : CE, 25 juillet 1890, Auscher, *Rec.*, p. 719; CE, 21 avril 1899, Brochier, *Id.*, p. 297; CE, 23 févr. 1906, Dlle Abadie, S. 1908.3.60; CE, 22 mai 1908, Rolland, *Rec.*, p. 560 (arrêts cités par Hauriou).

⁶⁹ « On donnait à ceci trois raisons : l'erreur de fait commise par l'Administration ne peut être, par définition, regardée comme une violation de la loi ; le juge de l'excès de pouvoir peut sanctionner l'illégalité et non

et ne sont d'ailleurs dépourvues ni de toute pertinence ni de légitimité : le juge de l'excès de pouvoir tranche la critique faite à un acte administratif du seul point de vue de sa conformité au droit (A) ; il ne saurait s'ériger en juge de la bonne administration, de l'opportunité des actes administratifs (B).

l'appréciation inexacte des faits ; le juge de l'excès de pouvoir est une sorte de juge de cassation à l'égard des décisions administratives, il doit tenir pour « souveraine » l'appréciation des faits opérée par l'administration », G. Vedel, P. Delvolvé, Droit administratif, PUF, T. 2, p.317 ; « (...) la juridiction administrative du XIX siècle, écrit le Doyen Auby, répugnait généralement à se pencher sur les circonstances factuelles des espèces. Pour des raisons certainement multiples tenant soit aux origines historiques du contentieux, soit à une attitude volontaire d'indifférence ou de réserve à l'égard des données diverses et contingentes de l'action administrative, le Conseil d'État se comportait en quelque sorte comme une Cour de Cassation réservant son contrôle aux seuls éléments juridiques », J.-M. Auby, préface thèse B. Pacteau, Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif, L.G.D.J 1977, p. 6.

A. L'examen par le juge de l'excès de pouvoir de l'acte administratif du seul point de vue de sa conformité au droit

Lorsqu'il est appelé à trancher une demande en annulation, le juge de l'excès de pouvoir statue comme juge de cassation. Sa mission est semblable à celle de la Cour de cassation dans l'ordre judiciaire⁷⁰. Il est juge de la légalité et non de l'opportunité. Autrement dit, il « *n'est pas juge du fait et juge des intentions. Il est juge du droit et du droit seul. Il recherche, et on lui demande de rechercher si, étant donnée telle situation de fait, il a été fait par un administrateur exacte application du droit et de la loi (...)* Sa mission est identique en principe à celle de la Cour de Cassation »⁷¹. Le parallèle entre le recours pour excès de pouvoir et le recours en cassation est classique⁷² et repose sur l'origine même de cette voie de recours, qui n'est autre que le perfectionnement d'un recours autrefois hiérarchique⁷³.

1. Le recours pour excès de pouvoir : un contentieux de pure légalité

Dans les travaux de recherches consacrées à l'étude du recours pour excès de pouvoir, la place accordée à la question de la légalité apparaît dominante. L'opinion prévaut, en effet, sans conteste depuis Laferrière⁷⁴, et Aucoc⁷⁵ avant lui, que les éléments d'originalités de cette

⁷⁰ « *Le recours pour excès de pouvoir (...) s'apparente étroitement avec le pourvoi en cassation en matière judiciaire. S'il y a entre les deux actions toutes les différences essentielles (...) elles obéissent néanmoins à des principes communs (...)* Le pourvoi en cassation, comme le recours pour excès, a pour but le respect du droit violé. Ce sont tous deux des recours objectifs, fondés sur la violation des règles de droit posées par les lois et le règlement. Leur objet est identique : c'est un objet d'annulation », E. Chalvon-Demersay, *De l'examen du fait par le Conseil d'État statuant en matière de recours pour excès de pouvoir* thèse Paris L.G.D.J, 1922, p. 4 à 5.

⁷¹ E. Chalvon-Demersay, *op cit*, p.6

⁷² « *La conception classique du recours pour excès de pouvoir apparaissait ...comme une simple transposition à la haute juridiction administrative des règles du recours en cassation appliquées par la Cour suprême* ». J. Rivero, *Les mesures d'ordre intérieur administratives : essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics*, thèse Paris, Sirey, 1934, p.83.

⁷³ Voir dans ce sens, G. Jèze, *Année administrative*, 1903, p. 242.

⁷⁴ « *Le contentieux de l'annulation. Il comprend les litiges sur lesquels la juridiction administrative ne prononce qu'en droit, avec le pouvoir d'annuler, mais non de réformer les décisions attaquées* », E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1896, T. 1, 2^{ème} édition, p. XVIII. Voir également, p. 17 « *Lorsque les actes et décisions de l'administration ont le caractère d'actes de commandement et de puissance publique, ils ne peuvent pas être révisés et réformés par la juridiction administrative ; ils ne peuvent être qu'annulés, et seulement pour illégalité, non pour inopportunité ou fausse appréciation des faits. Le seul recours contentieux qui puisse être dirigé contre les actes de cette nature est le recours à fin d'annulation qui porte le nom de recours pour excès de pouvoir* ».

⁷⁵ « *La juridiction administrative suprême, le Conseil d'État, exerce une autorité spéciale que l'on a parfois confondue à tort avec le contentieux administratif proprement dit. Il est de principe que tout acte émané d'un agent de l'administration peut être attaqué devant le Conseil d'État pour excès de pouvoirs, alors même que la matière serait de celles où l'appréciation des intérêts qui sont en jeu a été laissée d'une manière discrétionnaire à l'administration. Seulement ici la mission de la juridiction administrative supérieure n'est plus celle qui lui appartient quand elle statue sur le contentieux administratif proprement dit. Elle ne peut plus substituer pour le fond son appréciation à celle de l'autorité administrative. Elle n'a qu'une chose à vérifier : l'administrateur est-il resté dans la limite de ses pouvoirs? S'il y est resté, elle laisse subsister l'acte; s'il en est sorti, elle l'annule. Elle fait tomber la décision entachée d'excès de pouvoirs ; elle ne la remplace pas par une autre.* » L. Aucoc,

voie de recours résident dans le fait que le juge tranche une question de pure légalité (de droit pur)⁷⁶, une « *légalité objective, impersonnelle et égale pour tous* »⁷⁷.

Défini comme « *un instrument pour la défense de la légalité méconnue* »⁷⁸, le recours pour excès de pouvoir s'est trouvé complètement défini par la légalité et il s'est même confondu avec celle-ci. L'excès de pouvoir est tout simplement synonyme d'illégalité, d'irrégularité juridique⁷⁹ et les cas d'excès de pouvoir ne sont autres que des cas d'illégalité entachant l'action administrative⁸⁰. Cette illégalité se caractérise, dans l'action administrative, par la violation directe d'une règle de droit dont le respect s'impose à l'autorité administrative⁸¹. Le but final du recours pour excès de pouvoir est donc d'« *obtenir dans l'administration et de l'administration le respect de la légalité* »⁸², c'est-à-dire le respect de la loi, entendue, selon le Doyen Vedel, « *dans son sens général qui est celui de "droit"* »⁸³.

Saisi dans ce sens d'une demande recevable, le juge de l'excès de pouvoir examine si l'acte contesté s'accorde ou, au contraire, ne s'accorde pas (comme doit le prétendre le demandeur en annulation) avec les dispositions législatives ou réglementaires lui étant applicables⁸⁴, et, dans la négative, prononce son annulation. Ses pouvoirs s'arrêtent là⁸⁵. « *C'est en général le seul pouvoir de l'autorité qui annule* »⁸⁶. En effet, dans cette voie de

conférences sur l'administration et le droit administratif, Paris, Dunod, Librairie des corps des ponts et chaussées, des mines et des télégraphes, T. 1, 2^{ème} édition, 1878, P. 295.

⁷⁶ « *La légalité est la qualité de ce qui est conforme à la loi (...) il faut entendre le terme de « loi » dans son sens le plus large qui est celui du « droit ». La légalité exprime donc la conformité au droit et est synonyme de régularité juridique* », G. Veddel, P. Delvolvé, *Droit administratif, P.U.F.*, 1992, T. 1, pp. 444 à 445. Voir également dans ce sens, G. Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre, L.G.D.J.*, 1995, pp. 24-25.

⁷⁷ E. Chalvon-Demersay, De l'examen de fait par le Conseil d'État statuant en matière de recours pour excès de pouvoir, thèse Paris, L. G. D. J., 1922, p. 3.

⁷⁸ Pichat, conclusions, sous CE, 8 mars 1912, *Lafage, Rec.*, p. 348.

⁷⁹ A. Georjgin, *La violation de la loi : cause d'ouverture du recours pour excès de pouvoir*, thèse Paris, imprimerie Rousseau et Cie, 1915, p. 356 ; G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif PUF T. 2*, p. 299, précité, « *Dans le langage du droit administratif (...) l'excès de pouvoir est tout simplement synonyme de l'illégalité* ».

⁸⁰ M. Hauriou, note sous CE, 8 décembre 1899, *Ville d'Avignon*, S. 1900. III. 73.

⁸¹ Règle posée par la Constitution, les traités internationaux, des lois... etc.

⁸² M. Hauriou, note sous CE, 8 décembre 1899, *Ville d'Avignon*, S. 1900. III. 73, précité.

⁸³ G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif T.1*, précité, p. 444.

⁸⁴ Voir dans ce sens, Charles Eisenmann, préface thèse Michel Dubisson, *La Distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir, L.G.D.J.*, 1958.

⁸⁵ La juridiction administrative n'a « *qu'une chose à vérifier: l'administrateur est-il resté dans la limite de ses pouvoirs? S'il y est resté, elle laisse subsister l'acte; s'il en est sorti, elle l'annule. Elle fait tomber la décision entachée d'excès de pouvoirs ; elle ne la remplace pas par une autre* », L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, T. 1, 2^{ème} édition, 1878, P. 295, précité.

⁸⁶ J. De Soto, *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, thèse, Paris, Imprimerie de R. Bernard 1941, p. 45.

recours, le rôle du juge administratif se limite à appliquer le droit à une espèce donnée (espèce dont le juge est saisi), à rapporter l'action administrative à une norme juridique préexistante.

Il s'agit d'une perception purement « *abstraite* » du contrôle juridictionnel, la mission du juge se limitant à un contrôle « *de normativité* » susceptible de ne déboucher que sur une solution binaire : annulation ou rejet de la demande en excès de pouvoir⁸⁷. C'est un simple exercice consciencieux de logique purement formelle dont la tâche principale du juge se ramenant à identifier la volonté du législateur, volonté exprimée soit par des lois, soit par des règlements édictés sur la base des lois applicables à l'acte contesté ou litigieux, pour ensuite dégager de cette volonté la solution qui s'impose.

Il y a dans cette voie de recours un certain automatisme chez le juge administratif, dont le rôle se borne, en effet, à veiller à l'application par l'administration, dans un cas concret, des prescriptions générales d'une norme préétablie⁸⁸ ou encore à résoudre les divergences et les doutes au sujet de la légalité d'un acte administratif, c'est-à-dire à « *établir quelle est des deux prétentions qui s'opposent dans la contestation celle qui est conforme au droit et qui ainsi a valeur juridique* »⁸⁹. La volonté du juge administratif dans ce type de contentieux ne joue aucun rôle : « *le droit et le fait s'imposent à son intelligence et à son discernement ; la conclusion s'impose à sa faculté de raisonnement. Le juge est un mécanisme logique, intelligent et vivant qui ne peut se mouvoir de lui-même. (Il ne veut pas), (...) ses pouvoirs ne vont pas plus loin* »⁹⁰.

Ainsi, partant d'une déduction stricte, l'acte administratif contesté viole ou non le droit, le juge de l'excès de pouvoir est supposé accomplir une « *œuvre de l'intelligence plutôt que de la volonté* »⁹¹, c'est « *un acte de subsumption* », qui « *consiste à mettre un fait particulier sous son idée générale (...), c'est un acte logique, un raisonnement, un syllogisme : la majeure, c'est la loi ; la mineure exprime l'état de fait : la conclusion est la décision du juge* »⁹².

⁸⁷ D. Bailleul, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, L.G.D.J 2002, p.233.

⁸⁸ Voir dans ce sens, C. Cambier, *Principes du contentieux administratif*, Bruxelles 1961, T. 1, p. 29.

⁸⁹ R. Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration : étude de droit administratif comparé*, Paris, Delagrave, 1934, réédition Dalloz 2005, p. 79.

⁹⁰ J. Barthélemy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés*, thèse Paris, 1899, p.104.

⁹¹ C. Cambier, *Principes du contentieux administratif*, Bruxelles 1961, T. 1, p. 29.

⁹² J. Barthélemy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés*, thèse Paris, 1899, p.104.

Ne pouvant se fonder « *que sur la violation des règles de droit auxquelles les lois et règlements soumettent le fonctionnement des services publics* »⁹³, le juge de l'excès de pouvoir doit, à peine de subir le reproche d'entraver l'action administrative, limiter son pouvoir de contrôle à la seule question de la légalité⁹⁴ et appliquer le droit au cas dont il est saisi. Il ne doit jamais sortir de la question de la légalité : « *le recours pour excès de pouvoir tend au contrôle intégral de la légalité, mais au contrôle de la seule légalité* »⁹⁵.

2. Une particularité liée aux origines historiques de cette voie de recours

L'étude des pouvoirs du juge administratif a fourni à la doctrine, avec à sa tête Aucoc et Laferrière, des éléments utiles à la classification des recours contentieux. Si les pouvoirs du juge de plein contentieux sont apparus très vastes, ceux du juge de l'excès de pouvoir se sont au contraire révélés très limités.

La limitation des pouvoirs du juge administratif dans le contentieux de l'excès de pouvoir apparaît comme « *le critérium* »⁹⁶ de la distinction avec celui de la pleine juridiction⁹⁷. Ce postulat, aujourd'hui unanimement reconnu et inscrit dans tous les manuels de droit administratif, coïncide avec l'origine du recours pour excès de pouvoir, qui n'était autre qu' « *une réclamation hiérarchique perfectionnée* » ou encore « *un perfectionnement de la réclamation hiérarchique* »⁹⁸.

En effet, dans sa conception originelle, le recours pour excès de pouvoir apparaissait « *comme une action limitée, détachée du tronc commun représenté par le contentieux de pleine juridiction, exercée pour obtenir, à l'égard de certains actes administratifs qui ne sont pas intervenus interpartes et qui ont un caractère d'actes unilatéraux de commandement, une sentence juridictionnelle limitée à l'annulation pour des raisons externes de légalité. Cette*

⁹³ Pichat, conclusions, sous CE, 8 mars 1912, *Lafage, Rec.*, p. 348.

⁹⁴ « *La légalité, écrit Réglade, est l'ensemble des éléments de l'acte prévus par le droit et que doit posséder l'acte pour être conforme au droit. On admet que ces éléments sont au nombre de quatre : 1° L'auteur de l'acte doit être compétent pour le faire ; 2° l'acte doit être fait dans la forme voulue par la loi ; 3° l'acte par son objet doit être conforme au droit ; 4° l'auteur de l'acte doit avoir pour but celui que la loi avait en vue en lui donnant sa compétence* » M. Réglade, *Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir*, *R.D.P* 1925, p. 415.

⁹⁵ G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, T. 2, p. 299, précité.

⁹⁶ J. Allier, *De l'obéissance due par l'administration de la chose jugée*, thèse Paris 1923, p. 17.

⁹⁷ Voir dans ce sens, E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, T.1, introduction, p. XVIII, précité ; les conclusions de M. Romieu, sous l'arrêt Jacquin du 30 novembre 1906.

⁹⁸ G. Jèze, *Contentieux de l'annulation, le recours pour excès de pouvoir, année administrative*, 1903, p. 242.

notion primitive correspondait très bien aux conditions de recevabilité primitives du recours pour excès de pouvoir, et aux trois premiers cas d'ouverture»⁹⁹.

Ne jugeant pas le fond, le juge de l'excès de pouvoir se bornait, en effet, à vérifier la compétence de l'autorité administrative¹⁰⁰, à exiger d'elle le respect des formes et de la lettre de la loi. « *On voit, écrit Laferrière, que la doctrine de l'excès de pouvoir, telle que le Conseil d'État l'a conçue dès l'origine, est très analogue à celle de la Cour de cassation. L'une et l'autre font entrer dans l'excès de pouvoir l'atteinte à la séparation des pouvoirs, l'empiètement d'une autorité ou d'une juridiction sur une autre, la violation des formes substantielles, mais elles n'assimilent point à l'excès de pouvoir la violation ou la fausse application de la loi* »¹⁰¹.

Cela dit, l'existence d'un simple texte de loi suffisait généralement pour décider si l'autorité administrative avait –légalement– compétence pour agir et, dans l'hypothèse où cette autorité était compétente, si elle avait statué dans les formes légales¹⁰².

Avec l'apparition de nouveaux cas d'ouverture, dont le mouvement s'est accentué lorsque, à la suite du décret du 2 novembre 1864, la jurisprudence a ajouté aux trois premiers cas d'ouvertures (incompétence, vice de forme, détournement de pouvoir) un quatrième (la violation de la loi), va disparaître le caractère de voie de recours exceptionnelle du recours pour excès de pouvoir. Le recours pour excès de pouvoir a alors pénétré dans le contentieux à proprement dit¹⁰³. Afin de déterminer le champ d'action du juge dans ce domaine, mais aussi pour lui faire une place à côté du contentieux de pleine juridiction, le pouvoir de contrôle du juge a toutefois été circonscrit dans une certaine limite. Cela s'est traduit par une énumération restrictive des moyens susceptibles d'être soulevés devant lui à fin d'annulation :

⁹⁹ R. Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, Payot, 1926, p. 37. Voir également dans ce sens, J. Spach, *Les suites de l'annulation d'une nomination, promotion, révocation ou mise à la retraite*, thèse Strasbourg, 1936, p. 2.

¹⁰⁰ La compétence d'une autorité administrative est « *une question de pur droit, pour faire un règlement de compétence, il ne paraît pas nécessaire d'examiner les faits. Au surplus qui dit erreur de fait, dit contestation possible, incertitude, illégalité dissimulée sinon incertaine et non question d'ordre public, abus dont la répression s'impose. L'erreur de fait n'est pas assez grave pour mériter l'annulation pour excès de pouvoir; c'est-à-dire une intervention extraordinaire du Conseil d'État* », L. Goldenberg, *Le Conseil d'État juge de fait*, p. 132, précité.

¹⁰¹ *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, T. 2, 2^{ème} édition, p. 408, précité.

¹⁰² « *Considérant que l'unique grief relevé par la requête du sieur Hubersen contre la décision de la commission spéciale de Béthune est tiré de ce qu'elle contiendrait, une erreur de fait; que, même en la tenant pour établie, cette erreur ne saurait constituer un excès de pouvoir ou une violation de la loi.* » CE, 18 mars 1910, *Hubersen*, *Rec.*, p. 259.

¹⁰³ Voir dans ce sens, L. Goldenberg, *Le Conseil d'État, juge du fait*, Paris 1932, p. 133, précité.

l'incompétence, le vice de forme, le détournement de pouvoir et la violation de la loi¹⁰⁴. Tous ces moyens étaient des moyens de droit pur. En effet, ainsi que le disait le Doyen Hauriou, « *toutes les fois qu'un administrateur excède ses pouvoirs, il les excède tels qu'ils sont réglés par la loi ; le vice d'incompétence est une illégalité, car toutes les compétences sont réglées par la loi ; le vice de forme est une illégalité, car les formes sont réglées par la loi ; le détournement de pouvoir est une illégalité, car les lois et règlements déterminent l'esprit général de l'Administration, qui doit être uniquement la préoccupation du bien public et du service public ; enfin la dernière ouverture, la violation de la loi et des droits acquis, est évidemment un cas d'illégalité* »¹⁰⁵.

L'excès de pouvoir se ramenait donc à une illégalité commise par l'autorité administrative. Il y avait illégalité, et donc excès de pouvoir, toutes les fois que l'autorité administrative excédait sa compétence, commettait une violation de la loi ou un vice de forme, ou bien faisait un usage détourné de ses propres pouvoirs. Aucune question de fait ne pouvait, par conséquent, être discutée au contentieux devant le juge de l'excès de pouvoir. Qu'elle ait résulté d'une fausse appréciation des circonstances par l'administrateur ou d'une inexactitude matérielle, une erreur de fait ne pouvait être, par suite, regardée comme une violation de la loi justifiant l'annulation d'un acte administratif.

Parmi les dernières décisions par lesquelles s'est affirmée l'ancienne jurisprudence sur ce point, on peut citer, par exemple, l'arrêt *Crozâls du Conseil d'État en date du 2 juin 1905* (Rec., p. 493), rendu à la suite d'un recours dirigé par un maire, suspendu de ses fonctions, qui soutenait l'inexistence matérielle des faits invoqués contre lui. Dans cette affaire, le maire affirmait qu'à défaut de pouvoir examiner la valeur des motifs de la suspension, le Conseil d'État pouvait, tout au moins, apprécier l'erreur qui entraînait l'inexistence des motifs. La requête posait ainsi nettement la question de la distinction entre l'existence et la valeur des motifs. Dans son arrêt, le Conseil d'État opposa aux deux points soulevés par la requête le principe selon lequel « *l'appréciation des motifs...n'est pas susceptible d'être soumise au Conseil d'État statuant au contentieux* ».

¹⁰⁴ Il faut signaler cependant, que « *...la classification des ouvertures du recours pour excès de pouvoir n'a pas en soi de valeur normative ; elle ne s'impose pas aux justiciables ; ce n'est qu'un instrument d'analyse que le juge utilise pour dire le droit...* » Théry, conclusion, sous CE, 14 novembre 1975, *Syndicat national de l'enseignement supérieur*, Rec., p. 571.

¹⁰⁵ M. Hauriou, note sous CE, 8 décembre 1899, *Ville d'Avignon*, S. 1900. III. 73, précité.

La même solution a été réaffirmée quelques mois plus tard par le Conseil d'État dans sa décision *Demoiselles Abadie* du 23 février 1906 (Rec., p. 192. S. 1908, III, 60). Dans cette affaire, un legs universel avait été fait à un hôpital. Une enquête avait eu lieu pour rechercher quelle était la situation de fortune des héritiers naturels. À la suite de cette enquête, un décret avait autorisé la commission administrative de l'hospice à accepter le legs, sans rien accorder aux héritiers naturels. Ces derniers affirmèrent que les renseignements recueillis au cours de l'enquête étaient inexacts et attaquèrent le décret d'autorisation d'acceptation devant le Conseil d'État par le biais d'un recours pour excès de pouvoir. La Haute juridiction administrative décida que : « *les demoiselles A...n'invoquent, à l'appui de leur requête, aucun moyen pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir... : le décret... a été rendu après l'accomplissement des formalités prescrites par les lois et règlements...* ». ¹⁰⁶

Avec un tel raisonnement, le Conseil d'État considérait que, même en la tenant pour établie, l'erreur de fait ne saurait constituer un excès de pouvoir (*CE, 18 mars 1910, Hubersen, Rec., p. 259*) justifiant un débat contentieux devant le juge administratif. Trois raisons ont été invoquées par la doctrine pour justifier l'attitude du Conseil d'État : « *l'erreur de fait commise par l'Administration ne peut être, par définition, regardée comme une violation de la loi ; le juge de l'excès de pouvoir peut sanctionner l'illégalité et non l'appréciation inexacte des faits ; le juge de l'excès de pouvoir est une sorte de juge de cassation à l'égard des décisions administratives, il doit tenir pour « souveraine » l'appréciation des faits opérée par l'administration* ». ¹⁰⁷

¹⁰⁶ Voir dans ce sens : G. Jèze, *De l'erreur de fait comme grief pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir*, *R.D.P.*, 1911, p. 288 ; R. Bonnard, *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, *R.D.P.* 1923, p. 363 et s.

¹⁰⁷ G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, T. 2, p. 317, précité.

B. L'impossibilité pour le juge de l'excès de pouvoir de s'ériger en juge de la bonne administration, de l'opportunité de l'action administrative

Dans le contentieux administratif, l'opposition entre un contrôle de légalité et un contrôle de l'opportunité apparaît reposer sur la considération de fait. Le juge de l'excès de pouvoir est juge de la légalité et non juge de l'opportunité. En effet, l'appréciation des faits qui motivent l'action administrative relève de la sphère discrétionnaire, de l'opportunité d'agir, domaine de compétence qui, par principe, a longtemps échappé à tout contrôle juridictionnel. Le recours pour excès de pouvoir « *est exclusivement un moyen d'attaquer la légalité des actes administratifs, et la jurisprudence du Conseil d'État fait un visible effort pour ne pas franchir la limite souvent indécise qui sépare les questions de droit et de légalité des questions de fait et d'opportunité* »¹⁰⁸.

Lorsqu'il est saisi d'une demande en annulation, le juge de l'excès de pouvoir se doit d'arrêter son pouvoir de contrôle à la seule porte de la légalité¹⁰⁹, à l'application du droit à l'espèce dont il est saisi. Autrement dit, dès lors que le recours pour excès de pouvoir est recevable, le juge administratif doit tenir pour vraies, « *quelle que soit son opinion personnelle, les énonciations d'un acte authentique* »¹¹⁰ : il « *ne peut donc sortir des questions de légalité. L'administration seule possède un certain droit d'appréciation des circonstances; toute question d'opportunité est par là même une question de « bonne administration » — ces deux termes sont considérés comme presque équivalents, — donc de la compétence exclusive des administrateurs actifs (...)* »¹¹¹.

¹⁰⁸ J. Cruet, *Etude juridique de l'arbitraire gouvernemental et administratif*, thèse Paris Arthur Rousseau, 1906, p. 256.

¹⁰⁹ « *L'action administrative doit s'exercer librement dans la sphère qui lui est réservée, et le juge doit avoir la pleine maîtrise de ses décisions. L'exercice même du principe de séparation repose sur l'équilibre interne de ses deux composantes, car toute subordination d'un organe à un l'autre détruirait son fondement* » J. Chevalier, *L'interdiction pour le juge de faire acte d'administrateur*, A.J.D.A 1972, p. 67 ; « *Séparer l'administration et la juridiction, distinguer soigneusement l'acte d'administration et l'acte de juge, écrit le doyen Hauriou, c'est faire progresser à la fois la théorie de l'acte d'administration et celle du contentieux* », note sous CE, 13 décembre 1889, *Cadot c/Ville de Marseille*, Sirey 1892 III^{ème} part., p.17.

¹¹⁰ L. Goldenberg, *Le Conseil d'État, juge du fait. Étude sur l'administration des juges*, pp. 12 à 13, précité.

¹¹¹ L. Le Fur, *La protection juridictionnelle des franchises locales contre les empiètements des agents centralisés*, R.G.A., 1911, p 394.

1. L'appréciation des faits : une sphère discrétionnaire échappant à la compétence au juge administratif

L'appréciation des faits qui motivent l'action administrative relève de la sphère discrétionnaire¹¹², un domaine de compétence qui, par principe, n'a « *pas de limite et ne peut donner prise à un contrôle juridictionnel de la légalité* »¹¹³. Saisi d'un recours recevable, le juge de l'excès de pouvoir se doit donc de considérer l'acte litigieux dans toute sa réalité particulière, raisonner dans l'abstrait, c'est-à-dire s'en tenir à la conception purement objective de l'excès de pouvoir, en faisant abstraction de toutes les conjonctures particulières factuelles de chaque espèce, de toutes les données particulières à l'acte en cause. Le recours pour excès de pouvoir est un procès fait « *au seul* » acte administratif, et s'il tend au contrôle « *intégral* » de la légalité, il ne contrôle que « *la seule* » légalité de l'acte¹¹⁴.

Ainsi qu'il a été rappelé précédemment, le recours pour excès de pouvoir est du domaine du droit pur : « *tout juge quel qu'il soit, doit, dans la rigueur essentielle des principes juridiques, observer la conduite suivante, qui est sa mission propre, mais aussi sa mission stricte : il doit, étant donné des faits, qui sont tenus pour constants, confronter la décision soumise à lui (quelle qu'elle soit, acte ou jugement) avec la règle de droit contenue dans la loi, et de cette confrontation déduire ou non la violation de la loi. L'opération juridique est en quelque sorte mathématique : le juge fait en somme un véritable syllogisme, dont, (...) la loi est un des termes* »¹¹⁵. Les moyens invoqués dans cette voie de recours ne doivent pas conduire le juge à se prononcer sur autre chose que sur la légalité de l'acte critiqué : son bien ou mal fondé, en un mot son « *opportunité* ». Le juge possède le pouvoir de contrôler la seule légalité des actes administratifs, non celui de régler, par lui-même, des situations juridiques de droit ou de fait qui concernent l'action administrative. Il ne lui appartient pas non plus de substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité administrative.

¹¹² « *Il y a pouvoir discrétionnaire, écrit L. Michoud, toutes les fois qu'une autorité administrative agit librement, sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit* », *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, R.G.A, 1914, T. 3, p. 9. Voir également à propos de la question, R. Bonnard, *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, R.D.P 1923, p. 363- E. Giraud, *Etude sur la notion de pouvoir discrétionnaire*, R. G. A 1924, p. 193 ; M. Waline, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*, R.D.P, 1930, p. 197.

¹¹³ A. De Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, T. 1, L.G.D.J, 14^{ème} édition, 1996, p. 645.

¹¹⁴ Voir dans ce sens, G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif* T. 2, p. 299, précité.

¹¹⁵ E. Chalvon-Demersay, *De l'examen de fait par le Conseil d'État statuant en matière de recours pour excès de pouvoir*, thèse, Paris, L. G. D. J, 1922, p.7

Un acte administratif fondé sur un fait matériellement inexact échappait donc toujours à la censure du juge de l'excès de pouvoir. L'erreur de fait, qu'elle provînt d'une fausse appréciation des circonstances par l'administrateur ou d'une inexactitude matérielle, ne constituait pas une violation de loi justifiant une demande en annulation pour excès de pouvoir.

L'office du juge, aussi bien pratique que symbolique, lui permettait uniquement de traduire la seule volonté exprimée par la loi et rien d'autre. S'il méconnaît ce principe, le juge de l'excès de pouvoir s'expose aux reproches d'entraver l'action administrative¹¹⁶ et de réintroduire la confusion ancienne entre la fonction de juger et celle d'administrer.

La question de l'examen du fait apparaît donc comme un débat sur la frontière entre la sphère administrative et la sphère juridictionnelle, entre « *la partie contrôlée et de la partie incontrôlée de l'action administrative* »¹¹⁷, entre un contrôle de légalité et un contrôle de l'opportunité. « *Ce qui limite les pouvoirs du Conseil d'État du côté de l'appréciation des fait c'est une considération négligeable devant les tribunaux judiciaires, essentiel au contraire en droit administratif : celle du pouvoir discrétionnaire laissé, par la loi, à l'autorité exécutive, et de sa répartition entre les différents organes de cette autorité* »¹¹⁸.

En effet, l'administration est la seule à posséder un pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation des circonstances de fait. La question de l'opportunité d'agir « *est par là même une question de « bonne administration* »¹¹⁹. « *La question du pouvoir discrétionnaire commande donc toujours celle de l'examen du fait. C'est par l'exclusion du second que se manifeste le respect du premier par le juge. L'incompétence du Conseil d'État, pour apprécier les faits, et, dans la plupart des cas, une limite imposée au juge par le respect du pouvoir discrétionnaire de l'Administration, c'est, pour cette dernière, une clause de sauvegarde* »¹²⁰

¹¹⁶ Voir dans ce sens, J. Chevallier, *L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur*, A.J.D.A., 1972, p. 68, Précité.

¹¹⁷ J. Rivero, *La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'État français*, in *Le fait et le droit, Etudes de logique juridique, Travaux du Centre nationale de recherches de logique, Bruxelles*, 1961, p.139.

¹¹⁸ L. Goldenberg, *Le Conseil d'État, juge du fait. Étude sur l'administration des juges*, thèse Paris, 1932, p. 19, précité.

¹¹⁹ L. Le Fur, *la Protection juridictionnelle des franchises locales contre les empiétements des agents centralisés*, R.G.A., 1911, p. 394

¹²⁰ L. Goldenberg, *Le Conseil d'État, juge du fait. Étude sur l'administration des juges*, précité, p. 22

2. L'appréciation discrétionnaire des faits, un pouvoir indispensable à la bonne marche de l'action administrative

Le pouvoir discrétionnaire est une « *chose essentielle pour l'administration* »¹²¹. C'est une garantie d'une bonne administration du service public : « *il faut, en effet, que l'Administration ait, dans certain domaine, liberté d'agir ; il serait mauvais, et d'ailleurs impraticable, que la loi lui traçât à l'avance dans tous les cas la conduite qu'elle doit tenir, et il serait mauvais aussi que, là où elle n'entend pas la lier par une règle de droit, elle soumit cependant ses décisions à un contrôle juridictionnel* »¹²².

Ne se confondant pas avec un pouvoir arbitraire, le pouvoir discrétionnaire est « *l'essence même* »¹²³ de l'action administrative. Là où ce pouvoir existe, et dans la mesure où il existe, il doit en principe échapper « *au contrôle juridictionnel des tribunaux de tous ordres* »¹²⁴. Si un tel pouvoir est accordé à l'administration, c'est parce qu'on estime qu'elle est la plus apte à déterminer ce qui est conforme aux besoins de l'intérêt général : elle est la plus proche de la vie quotidienne (réelle). En effet, pour apprécier les besoins de l'intérêt général, l'administration est souvent obligée de procéder à un examen complexe, dans lequel peuvent entrer des considérations diverses. Cette tâche se révèle encore plus compliquée lorsqu'il s'agit d'apprécier des concepts ayant une portée générale et imprécise, tels que ceux de faute lourde, de trouble à l'ordre public, de moralité publique, d'utilité publique, etc.

Inspirée dans son action par l'idée d'intérêt général (formulation condensée des besoins du moment dans une société donnée), qui est la fin poursuivie, l'administration pourvoit aux exigences de chaque situation qui se présente devant elle, en usant du pouvoir de décision unilatéral conféré par la loi dans ce but et en s'inspirant des considérations d'opportunité dont un administrateur doit tenir compte. Son pouvoir se manifeste par l'action.

Ainsi, qu'il s'agisse d'assurer l'ordre public ou de répondre aux besoins du service public, l'administration intervient par des mesures concrètes adaptées aux opportunités du moment. Elle est appelée, pour mener à bien les missions lui incombant (service public/police

¹²¹ R. Bonnard, *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, R.D.P 1923, p. 365, précité. L'auteur était pourtant un des précurseurs du contrôle des motifs des actes administratifs.

¹²² L. Michoud, *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, R.G.A 1914, p. 193, précité.

¹²³ Idem, p. 25.

¹²⁴ Idem, p. 193.

administrative), à prendre spontanément et immédiatement les mesures adéquates, à faire des choix précis. Elle se doit d' « *agir partout où la nécessité de l'intervention se fait sentir ; pouvoir, prévoir, parer : à l'ordinaire et à l'extraordinaire, au-dedans et au dehors, tous les jours sans discontinuité. Action incessante et universelle, embrassant le présent et l'avenir, le prévu et l'imprévu, l'important et le menu avec, en principe, cette directive, dont il faudra faire application à chaque cas : les exigences et les possibilités du bien public* »¹²⁵. Elle doit sans cesse adapter son action, recourir à tous les moyens qu'elle juge appropriés¹²⁶. Pour cela, elle a besoin d'une certaine liberté d'appréciation, « *non seulement vis-à-vis de la loi, mais aussi vis-à-vis du juge* »¹²⁷, laquelle doit lui laisser les possibilités suivantes : « *...agir sans être saisi, ... choix du moment, ... prise en considération de tous les éléments d'opportunité, ... responsabilité personnelle de l'agent, parfois le secret* »¹²⁸.

À la différence de celle de l'administrateur, l'action du juge n'est pas permanente mais occasionnelle : déclenchée par une demande en annulation –procédure contentieuse –, elle se termine avec la solution donnée au litige et ne laisse aucun choix au juge, qui ne peut qu'annuler ou confirmer la légalité de la décision contestée¹²⁹. La fonction du juge n'a de raison d'être qu'à travers la résolution d'un litige, et son pouvoir d'action prend fin avec la solution donnée à ce dernier. Le rôle du juge « *n'est pas de prévenir les perturbations, mais de porter remède à celles qui ont surgi. Il assure l'ordre en procurant à la règle de droit ses effets, mais il le fait dans l'exercice d'une mission qui demeure cantonnée à la réalisation de ce que le droit non seulement permet, mais impose* »¹³⁰. Surtout, le juge est trop loin du lieu où se sont passés les faits litigieux, comme le souligne le Professeur Marcel Waline : « *comment le Conseil d'État peut-il, de Paris, se faire une opinion sur les dangers qu'aurait fait courir à l'ordre public une procession interdite dans un lointain village pyrénéen ou cévenol ? De plus le juge statue trop tard pour se rendre compte de la situation de fait existante au moment où est intervenue la décision incriminée : il se sera souvent écoulé plusieurs mois, parfois*

¹²⁵ J. Dabin, *Doctrines générale de l'État, éléments de philosophie politique*, Bruxelles, 1939, p. 240.

¹²⁶ Voir dans ce sens : C. Cambier, *Principes du contentieux administratif*, Bruxelles 1961, T. 1, p. 33, précité.

¹²⁷ R. Bonnard, *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, R.D.P 1923, p. 365, précité. Voir aussi, M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 1933, 12^{ème} édition, réimpression Dalloz, 2002, p. 361. L'auteur consacre un titre intitulé « *L'indépendance de l'administration vis-à-vis du juge administratif* ».

¹²⁸ L. Michoud, étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration, R.G.A, 1914, précité, pp. 194 à 195.

¹²⁹ Art. 9 de la loi du 24 mai 1872 ; CE 20 février 1914, Gaucher, Rec., p. 230 : « *Considérant d'une part, que dans les pourvois formés par application des lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872 (art. 9), les parties ne peuvent présenter d'autres conclusions que celles qui tendent à l'annulation ou au maintien des décisions attaquées ; que, dès lors, les conclusions de la commune à fins de dommages-intérêts sont non recevables ;* »

¹³⁰ C. Cambier, *Principe du contentieux administratif*, 1961, T. 1, précité, p. 33.

plusieurs années ; comment établir, après un si long délai à quel point par exemple les passions politiques étaient sur excitées et à quel point par suite, l'ordre public risquait d'être troublé par une réunion interdite ? Enfin, le juge n'a pas l'habitude des situations auxquelles il s'agit de parer et des moyens efficaces à employer à cet effet ; soit qu'il s'agisse d'un cortège risquant de troubler l'ordre, soit qu'il s'agisse d'une faute disciplinaire à réprimer, l'administrateur est plus à même de se rendre compte de la gravité du péril et des mesures les plus propres à impressionner ou à décourager les perturbateurs »¹³¹. « Composé de jurisconsultes et non d'administrateurs actifs, n'ayant pas la responsabilité de l'administration, éloigné des circonstances et des lieux dans lesquels l'acte est intervenu, le Conseil d'État, dit pour sa part Gaston Jèze, n'a pas à apprécier si l'agent a agi sagement ou d'une façon maladroite. Il n'a qu'à rechercher s'il est resté strictement dans les limites de sa compétence »¹³².

Il faut rappeler également que le jugement et l'action sont soumis à des contraintes différentes. En effet, si le juge « *ne peut juger sainement qu'à la condition d'appliquer strictement le droit sans concession* »¹³³, l'administration, au contraire, « *vit de concessions, de transactions* »¹³⁴ et doit à la fois agir en tenant compte des besoins du moment, appliquer la loi et faire cesser tout ce qui viendrait la contredire. Il faut pour cela qu'elle bénéficie, dans un certain domaine, d'une liberté d'agir. « *Or le maintien au profit de l'administrateur actif de son libre pouvoir (dans les limites de la légalité), de sa faculté d'apprécier l'opportunité de son action ou de son inaction et les modalités de celles-ci paraît être si fondamental qu'il ne semble pas possible d'y porter même une atteinte de principe ; et d'ailleurs le juge n'a ni les moyens, ni la responsabilité d'un administrateur et n'est pas en mesure de se substituer à lui, même partiellement ; au surplus, il serait à craindre que l'autorité, qui ne fait aucune difficulté pour s'incliner devant le contrôle juridictionnel de la légalité de ces actes, serait beaucoup plus réticente devant le contrôle de leur opportunité ; et l'autorité du juge risquerait d'en être diminuée* »¹³⁵.

¹³¹ M. Waline, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*, R.D.P 1930, p. 204, précité.

¹³² G. Jèze, *Recours pour excès de pouvoir, année administrative*, 1903, p. 303.

¹³³ M. Carrier, *Du principe de la séparation de l'Administration active et de la juridiction administrative*, thèse Lyon 1900 pp.13 à 14.

¹³⁴ Idem.

¹³⁵ M. Letourneur, *L'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil d'État Français*, in *Mélanges Ganshof van der Meersch*, Paris, L. G. D. J., 1972, T. 3, p. 563, s. p. 566.

Juger et administrer sont et doivent donc être toujours deux activités soigneusement séparées¹³⁶. Chacune d'elle exige, en effet, des autorités qui l'exercent, des aptitudes, des connaissances et une expérience spéciale¹³⁷. Et pour qu'aucune de ces deux tâches (juger et administrer) ne soit sacrifiée, il est indispensable de tracer une ligne de démarcation entre l'administrateur et le juge : le premier possède « *l'esprit de décision et d'initiative, à lui l'action* » ; le second excelle « *par un ensemble varié de ses connaissances juridiques, à lui la juridiction* ». ¹³⁸ Et comme le disait justement Léon Michoud, « *À chacun son métier et nos droits seront bien gardés (...) Ce serait, donc, lui rendre un bien mauvais service, et à lui-même et aux règles qu'il est chargé de défendre que de chercher à pousser le juge de l'excès de pouvoir « dans une autre voie (...). Le résultat est excellent. Ne le compromettons pas en confondant la domaine du contentieux avec le domaine propre de l'Administration (...)* » ¹³⁹.

¹³⁶ « *Séparer l'administration et la juridiction, distinguer soigneusement l'acte d'administration et l'acte de juge, écrit le doyen Hauriou, c'est faire progresser à la fois la théorie de l'acte d'administration et celle du contentieux* », note arrêt Cadot Sirey 1892 III^{ème} part., p.17, précité.

¹³⁷ « *Les habitudes d'esprit d'un administrateur, écrit Marcel Carrier, ne sont pas celles qu'on peut trouver chez un juge. Administrer, c'est établir des règlements généraux ou spéciaux considérés comme complément nécessaire d'une loi, c'est prescrire des mesures générales obligatoires, soit pour la totalité des citoyens, soit seulement pour une classe d'entre eux, et en surveiller l'exécution (...) chaque homme s'adonnant, en général, à une occupation permanente déterminée, chacun ne pratiquant que son art (...) Ce principe de la division du travail dont on se plaît à reconnaître en Économie politique la bienfaisante influence, puisqu'il permet à l'habileté professionnelle de se développer, qu'il épargne les pertes de temps (...) il servirait ainsi de garantie efficace à la liberté de tous et aux intérêts de chacun* », *Du principe de la séparation de l'Administration active et de la juridiction administrative* thèse Lyon, 1900, pp13 à 14, précité.

¹³⁸ « *La législation consulaire de l'an VIII, en établissant une administration active, délibérante et juridictionnelle avait posé le principe de la division des fonctions: le législateur, tenant compte sans doute des diverses aptitudes de l'individu avait pensé que tel homme capable de faire un excellent administrateur n'était capable de faire ni bon juge ni bon conseiller, que tel autre, se recommandant au poste de conseiller par les connaissances économiques et sociales, ne pouvait prétendre qu'à être administrateur médiocre, ou un mauvais juge, l'un possédait l'esprit de décision et initiative, à lui l'action ; l'autre avait le sentiment profond des besoins du pays, à lui la délibération ; un autre enfin excellait par ensemble varié de ses connaissances juridiques, à lui la juridiction, exacte ou fautive, il eût été tout au moins logique de mettre cette conception en œuvre* », R. Jacquelin, *La juridiction administrative dans le droit constitutionnel : étude d'histoire, de législation comparée et de critique*, thèse Paris, A. Giard, 1891, p.419.

¹³⁹ L. Michoud, *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, R.G.A, 1914, pp. 194 à 195, précité.

Section 2.

La consécration de la situation factuelle comme composante nouvelle de la légalité

Contrôler la légalité d'un acte administratif, c'est faire autre chose que de vérifier sa simple conformité au droit. Contrôler la légalité d'un acte administratif, c'est aller vers cet ensemble clos, qui est le fait, « *qu'il faut pénétrer, saisir dedans* » et dont il faut « *reconnaître tous les pièges, fouiller tous les recoins* »¹⁴⁰. En effet, le fait, sur lequel s'est fondée l'administration pour agir, n'est jamais neutre dans le débat contentieux, en particulier en matière d'excès de pouvoir. Il « *est ici incorporé dans la légalité ; il n'en est pas dissociable ; le contrôle du fait par le juge de l'excès de pouvoir, juge de la légalité, est donc non seulement légitime mais indispensable quand la légalité est subordonnée au fait* »¹⁴¹.

Il paraît nécessaire de nous interroger au préalable sur la façon dont l'examen du fait s'est imposé dans le débat contentieux de l'excès de pouvoir. Une fois cette question tranchée, nous aborderons ensuite et successivement l'hypothèse du vice de l'inexactitude matérielle des faits comme moyen d'annulation pour excès de pouvoir §1 et celle du vice de l'inexacte qualification juridique des faits, comme autre moyen d'annulation pour excès de pouvoir §2.

¹⁴⁰ G. Thuillier, *L'art de juger, economica*, 2001, p.7.

¹⁴¹ M. Letourneur, *L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir, E.D.CE*, 1962 pp. 57 à 58.

Sous-section préliminaire :

Comment l'examen du fait s'est-il imposé dans le débat contentieux de l'excès de pouvoir ?

L'examen du fait dans le recours pour excès de pouvoir s'est imposé, en quelque sorte, de lui-même et le Conseil d'État a développé cette pratique au fil du temps. Cette démarche novatrice s'est dessinée lentement et d'une manière progressive –tout au long de l'évolution des ouvertures pour excès de pouvoir–, pour échapper ainsi à l'attention de l'observateur non informé.

En effet, la loi du 7-14 octobre 1790, qui a institué le recours pour excès de pouvoir, ne contenait que le mot *incompétence*¹⁴², terme à l'origine de l'appellation de cette voie de recours, car, comme l'a justement écrit le Doyen Hauriou, « *excéder ses pouvoirs, c'est avant tout sortir de sa compétence ou de la compétence de l'administration* »¹⁴³. N'étant pas juge du fond, le juge de l'excès de pouvoir « *avait à résoudre une question de pure forme ; un simple rapprochement entre la décision rendue et le texte suffisait généralement pour décider si l'autorité administrative avait compétence pour rendre ou si, étant compétente, elle avait statué dans les formes légales. Une contestation de fait ne pouvait intervenir que de façon exceptionnelle et tout accessoire* »¹⁴⁴.

Avec l'ouverture progressive du recours pour excès de pouvoir, dont le mouvement s'est accentué à la suite du décret du 2 novembre 1864, qui dispensa de l'assistance d'un avocat devant le Conseil d'État et de tous frais autres que ceux du timbre, et après la loi du 24 mai 1872, dont l'article 9 consacra formellement la compétence du Conseil d'État en ces matières¹⁴⁵, la Haute juridiction administrative allait envisager cette voie de recours dans son acception la plus large et faire entrer sous cette dénomination d'autres vices.

¹⁴² Art. 3 : « *Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont, en aucun cas, du ressort des tribunaux ; elles seront portées au roi, chef de l'administration générale* ».

¹⁴³ M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public, réédition Dalloz*, 12^{ème} édition, précité, p. 407.

¹⁴⁴ E. Chalvon-Demersay, *De l'examen du fait par le Conseil d'État statuant en matière de recours pour excès de pouvoir*, thèse Paris, précité, pp. 27 à 28.

¹⁴⁵ « *Le Conseil d'État statue souverainement... sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administratives* ».

Cependant, une simple possibilité d'exister n'est pas une raison d'être et il convient de souligner ce qui fut la cause efficiente de cette création jurisprudentielle.

L'introduction du vice de détournement de pouvoir est, à notre point de vue, l'une des ouvertures qui a le plus contribué à rendre nécessaire la prise en compte des circonstances de fait dans le jugement de la légalité. En effet, « *lorsque l'Administration ne fait que de l'administration, il est rare qu'elle s'écarte volontairement de la légalité. C'est assez dire la valeur pratique de la théorie de du détournement de pouvoir, qui permet au juge administratif de soumettre le pouvoir discrétionnaire de l'Administration à des conditions étroites de finalité* »¹⁴⁶. Le vice de détournement de pouvoir est une notion purement subjective, et, afin de rendre compte de ce vice, par lequel l'action administrative est détournée de sa destination légale, l'examen des faits par le juge de l'excès de pouvoir s'avérait absolument indispensable¹⁴⁷. Le Conseil d'État se trouvait alors « *obligé, quand il était saisi d'une requête invoquant le vice de détournement de pouvoir, de se livrer à un examen des faits, de rechercher si, d'après les circonstances relatées au dossier, ne se dégagait pas l'idée que l'agent avait agi dans un but autre que celui en vue duquel ses pouvoirs lui avaient été conférés (...)* Le détournement de pouvoir ne pouvait apparaître au juge qu'à la suite d'une analyse plus large dépassant la décision isolée ; il se dégage à la fois de l'acte et des faits »¹⁴⁸. La Haute juridiction a été invitée à franchir le pas notamment par ses Commissaires du gouvernement, tel le commissaire L'Hôpital¹⁴⁹, et ce à une époque où la doctrine s'interrogeait déjà, à l'instar de Denis Serrigny qui, en 1865, se demandait si : « *Le Conseil d'État, peut... entrer dans l'examen des faits pour apprécier s'il y a ou non excès de pouvoir dans l'acte administratif qui lui est déféré...* ». « *Il est certain* », répondit l'éminent juriste, « *qu'un tribunal judiciaire serait incompétent pour entrer dans un pareil examen.*

¹⁴⁶ J. Cruet, *Etude juridique de l'arbitraire gouvernemental et administratif*, thèse Paris Arthur Rousseau, 1906, p. 278.

¹⁴⁷ « *Le détournement de pouvoir étant caractérisé par l'incorrection du but, des intentions qui ont guidé l'administrateur, plutôt que par des prescriptions ouvertement illégales, il en résulte que la tâche du Conseil d'État, dans l'appréciation de ce grief, est particulièrement délicate. Juge administratif, il ne peut pas mander à sa barre les agents de l'administration active pour leur demander compte es motifs de leurs décisions, il ne peut pas non plus organiser d'enquêtes en dehors d'eux, pour scruter leurs arrière-pensées et vérifier les mobiles de leurs actes* » E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, T. 2, précité, p.549.

¹⁴⁸ E. Chalvon-Demersay, *De l'examen du fait par le Conseil d'État statuant en matière de recours pour excès de pouvoir*, précité, p. 29.

¹⁴⁹ Ce dernier déclarait en 1860, dans une affaire relative à une délimitation fluviale : « *Nous sommes d'accord avec les demandeurs sur ce point que le Conseil d'État, juge de l'excès de pouvoir ... est bien obligé d'entrer dans l'examen des faits... Si...le Conseil d'État n'entrait pas dans l'examen du fait, le droit qui appartient à chacun de lui déférer, pour être corrigés, tous les excès de pouvoirs, sinon tous les abus, de pouvoir en matière administrative, serait illusoire et le recours ne s'exercerait plus utilement* », Conclusions sur l'affaire Port de Bercy, 19 juillet 1860.Rec. p. 562, précité.

*Mais il doit en être autrement du Conseil d'État. Il faut bien qu'il puisse apprécier l'acte qui lui est déféré, pour rechercher si le vice imputé existe ou non ; d'autre part, on ne peut lui reprocher son incompétence, parce qu'il est placé dans l'ordre administratif, dont il occupe le sommet »¹⁵⁰. Pour sa part Gaston Jèze a soulevé pour la première fois, dans un article paru dans la *Revue de Droit public* en 1911 (p. 286), l'hypothèse « De l'erreur de fait comme grief pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir ». « La doctrine, écrit Jèze, a voulu, à la suite de Laferrière, faire rentrer tous les cas d'excès de pouvoir dans quatre catégories : incompétence, vice de forme, violation de la loi et des droits acquis, détournement de pouvoir. Elle n'y a réussi qu'au détriment de la vérité ... Pour ma part, je repousse énergiquement cette classification étroite, vieillotte. Elle a deux inconvénients principaux : 1° Elle ne cadre pas avec les faits (...) 2° Elle forme obstacle au développement du recours pour excès de pouvoir. (...) il conviendrait d'orienter l'action de la jurisprudence dans la direction suivante : il n'est pas rare que les actes administratifs reposent sur une erreur de fait. Faut-il permettre aux individus lésés par cet acte entaché d'une erreur de fait de former un recours pour excès de pouvoir ? Avec la vieille classification ... Il semble bien qu'à moins de torturer les rubriques ou de ne leur reconnaître aucune signification précise, l'erreur de fait n'est pas un cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir ». « Au contraire, poursuit-il, avec l'idée que toute violation des règles sur la compétence est un cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, l'erreur de fait apparaît comme un grief : l'agent administratif qui prend une décision en affirmant que telles circonstances de fait existent, alors qu'en réalité ces circonstances de fait n'existent pas, accomplit un acte juridiquement critiquable »¹⁵¹.*

¹⁵⁰ *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière de Contentieuse administrative*, Paris Aug. Durand, T. 1^{er} 1865, P.227. Pour sa part E. Laferrière, est arrivé à la constatation suivante : « Le Conseil d'État s'est souvent reconnu le droit de rechercher si les faits servant de base à la décision avaient été bien définis au point de vue juridique et de vérifier, dans ce but, l'existence et la nature de ces faits », *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, T. 2, précité, p. 534. L'auteur cite des exemples de jurisprudence relative à la délimitation du domaine public, notamment l'arrêt Duval du 29 juillet 1881 (Rec. p.737), dont le Conseil d'État avait ordonné, avant de faire droit, qu'il sera procédé à une visite de lieux par une commission du Conseil d'État statuant au contentieux, afin de vérifier si les limites du domaine public maritime à l'embouchure de la seine ont été tracées conformément à la loi.

¹⁵¹ Voir également dans ce sens, Émile Giraud, *Étude sur la notion du pouvoir discrétionnaire*, R.G.A., 1924, pp. 193 à 212, pp. 298 à 320 : « Une dernière cause d'annulation provenant de l'acte lui-même est l'erreur de fait. C'est une cause d'annulation que le Conseil d'État a consenti à admettre tout récemment. Il y a erreur de fait quand l'administration tenue ou non de motiver sa décision indique comme motif un fait matériellement inexact. Par exemple un agent public est frappé pour une faute qu'il n'a pas commise (Conseil d'État, général de la Noue, 5 juillet 1918) (...) L'erreur de fait est la plus jeune des causes d'ouverture à recours pour excès de pouvoir et cependant elle est admise à la différence du détournement de pouvoir pour tous les actes administratifs imprégnés de pouvoir discrétionnaire », pp. 313 à 314.

Ainsi stimulé, le Conseil d'État allait désormais saisir peu à peu toutes les occasions possibles pour apprécier les faits dans le domaine de la violation de la loi.

On peut faire remonter la date du début de l'examen du fait par le juge de l'excès de pouvoir au Second Empire¹⁵², même si les décisions rendues à cette époque demeuraient des décisions isolées, ne pouvant témoigner d'une jurisprudence cohérente en la matière¹⁵³. Cependant, ce n'est qu'au début du 20^{ème} siècle que le Conseil d'État est arrivé à poser comme principe général pour tous les actes administratifs que l'erreur de fait était une illégalité pouvant donner lieu à une annulation.

Un premier pas fut franchi par le Conseil d'État dans l'arrêt *Duval du 10 mars 1882*¹⁵⁴, qui annonçait déjà la jurisprudence future. Cette avancée est toutefois restée marginale, car elle n'a pas su résister à la régression subie par le recours pour excès de pouvoir dans les premières décennies de la Troisième République : évolution vers un contrôle plus formel de la légalité administrative¹⁵⁵. Une étape importante allait être marquée par les arrêts *Lot et Molinié* du 11 décembre 1903, qui supprimèrent la notion de violation des droits acquis comme condition du recours pour excès de pouvoir. Le juge a pu ainsi sanctionner comme violation de la loi successivement la violation des textes réglementaires, la violation de la chose jugée, la fausse interprétation et la fausse application de la loi. Cela a marqué le point de départ d'une jurisprudence nouvelle, qui allait développer considérablement le rôle du juge administratif ainsi que la notion de violation de la loi.

¹⁵² Voir dans ce sens : E. Chalvon-Demersay, *De l'examen de fait par le Conseil d'État statuant en matière de recours pour excès de pouvoir*, thèse précitée, p. 27 : « Il apparaît que le Conseil d'État s'est arrogé presque dès l'origine, le droit de connaître des faits » ; R. Drago, J.-M. Auby, *Traité des recours en matière administrative, Litec*, 1992, p. 476 : « Il serait sans doute inexacte de dire que le contrôle des motifs par le juge administratif date du début du XX^e siècle. Dès le Second Empire, on voit le Conseil d'État rechercher si les faits invoqués coïncident avec la qualification considérée par la loi (Cons. d'État, 14 avril 1864, Laville : Rec. Cons. ; d'État p.339) ou vérifier leur existence matérielle (Cons. d'État, 28 mai 1866, Blondeau : Rec. Cons. d'État, p. 519). Mais il s'agissait de décisions isolées qui ne pouvaient témoigner d'une doctrine cohérente de la part du juge. Bien que certaines décisions rendues après 1872 annoncent déjà la jurisprudence future (V. par exemple Cons. d'État, 10 mars 1882, Duval : Rec. Cons. d'État, p. 245, Concl. Levavasseur de Précourt) ».

¹⁵³ Exemple : CE, 14 avril 1864, *Laville*, Rec., p.339, le Conseil d'État a cherché si les faits invoqués coïncidaient avec la qualification juridique considérée par la loi ; CE, 28 mai 1866, *Blondeau*, Rec., p. 519, le Conseil d'État a vérifié l'existence matérielle des faits.

¹⁵⁴ Rec., p.245, concl. Levavasseur de Précourt.

¹⁵⁵ CE, 2 juin 1905, *Crozals*, Rec., p.493 : « L'appréciation des motifs invoqués par le préfet à l'appui de sa décision alors qu'ils ne constituent pas un détournement de pouvoir, n'est pas susceptible d'être soumise au Conseil d'État statuant au contentieux ».

Une série d'arrêts rendus entre 1906 et 1912 allait faire de l'existence et de la légalité des motifs de droit et de fait des conditions de validité de l'acte administratif¹⁵⁶. On est même allé jusqu'à affirmer que c'est de l'appréciation des faits qu'allait désormais dépendre la légalité de l'acte administratif. Comme l'a écrit le Commissaire de gouvernement Romieu dans ses conclusions sous l'arrêt *Jacquin* du 30 novembre 1906 (*Rec.*, p. 863) : « *Le recours pour excès de pouvoir peut être fondé, non seulement sur des moyens d'incompétence, de violation des formes ou de détournement de pouvoir, mais aussi sur la violation des droits que la loi a entendu assurer aux citoyens : or cette violation de la loi entraîne, la plupart du temps, l'appréciation des circonstances de fait dont la légalité de l'acte peut dépendre. Aussi constamment le Conseil d'État est-il amené à rechercher, en fait, si dans la manière dont l'Administration a usé de ses pouvoirs, elle a respecté les droits que les citoyens tiennent des lois générales ou spéciales, si telle mesure prescrite rentre, à son raison de son caractère de gravité, dans la catégorie de celles qu'elle veut imposer, sans violer le droit des propriétés ou la liberté du commerce, ou tel autre droit individuel, si la situation de fait invoquée correspond bien aux conditions que le législateur a mise à l'obtention de telle autorisation* ».

L'étape décisive fut enfin franchie par deux arrêts, rendus à deux années d'intervalle, *Gomel*¹⁵⁷ et *Camino*¹⁵⁸, qui firent du Conseil d'État un véritable « *juge de fait* »¹⁵⁹.

¹⁵⁶ CE, 23 janvier 1906, *Bénédictines de Poitiers*, *Rec.* p.178 ; CE, 6 avril 1906, *Visitandines de Paris*, *Rec.*, p.329 ; CE, 28 juin 1907 *Monod*, *Rec.*, p.616 ; CE, 13 mai 1910 *Dessay*, *Rec.*, p. 405, *R.D.P* 1911, p. 286, note Jèze ; CE, 26 juin 1912 *Boisselet* *Rec.*, p. 740.

¹⁵⁷ CE, 4 avril 1914, *Rec.*, p.488, S. 1917. III. 25, notre Hauriou.

¹⁵⁸ CE, 14 janvier 1916, *Rec.*, p.15, S. 1922. III. 10, *Concl.*, Cornielle, *R.D.P.* 1917, p.463, note Jèze.

¹⁵⁹ L. Goldenberg, *Le Conseil d'État, juge de fait, thèse Paris, 1932*, précité.

§1. Le vice de l'inexactitude matérielle des faits, un moyen d'annulation pour excès de pouvoir

Un requérant peut-il arguer devant le juge de l'excès de pouvoir d'un moyen d'annulation fondé sur le grief de l'inexistence en fait d'un motif allégué par l'administration pour prendre sa décision ? Cette question ne peut, à nos yeux, appeler qu'une réponse affirmative, conforme à une pratique de bon sens.

L'hypothèse du vice de l'inexactitude matérielle des faits, comme moyen d'annulation pour excès de pouvoir, sera limitée aux seuls éléments de faits qui influent directement sur la légalité de l'action administrative. Par conséquent, seront exclues de notre champ d'investigation les erreurs purement matérielles, sans incidences sur la légalité de la décision administrative¹⁶⁰.

¹⁶⁰ CE, 13 décembre 2008, *M. Pijoff*, req., n°271512 : « Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que le jugement du 15 janvier 2004 du tribunal administratif de Paris a été notifié à M. A au plus tard le 26 janvier suivant et que la requête a été enregistrée au greffe de la cour administrative d'appel de Paris le 30 mars 2004 ; qu'en jugeant que cette requête avait été enregistrée plus de deux mois après la notification du jugement attaqué intervenue le 25 janvier 2004, le président de la 4ème chambre de la cour administrative d'appel n'a pas dénaturé les faits soumis à son examen, mais a seulement entaché son ordonnance d'une erreur matérielle, sans incidence sur la solution du litige ».

A. L'examen de la réalité des faits dans le jugement de l'excès de pouvoir, une pratique de bon sens

«*Véritable nécessité*»¹⁶¹ ou encore pratique de bon sens, l'examen de la matérialité des faits dans le contentieux de l'excès de pouvoir¹⁶² est aujourd'hui une composante à part entière du contrôle de la légalité de l'action administrative. Il forme avec celui «*de l'erreur de droit, de l'erreur manifeste d'appréciation (sauf exception) et du détournement de pouvoir, le contrôle minimum qu'exerce le juge de l'excès de pouvoir, même à l'égard des actes pour lesquels l'administration détient un pouvoir discrétionnaire*»¹⁶³. En effet, on voit mal comment l'on peut juger légale une décision administrative (telle une révocation), si cette dernière est fondée sur des faits matériellement inexistantes !¹⁶⁴ L'administration, quel que soit son pouvoir d'appréciation, ne peut fonder sa décision que sur des faits (motifs) existants. Elle ne peut agir qu'en fonction d'un certain nombre de circonstances de fait réelles¹⁶⁵. Un fait quelconque existe ou n'existe pas. Il n'y a pas d'hypothèse intermédiaire dans laquelle on peut supposer un pouvoir discrétionnaire. L'autorité administrative ne peut s'attribuer un pouvoir discrétionnaire d'appréciation de l'existence matérielle des faits. Son action est nécessairement immergée dans la réalité, dans des circonstances de fait qui lui offrent le socle incontournable, «*la matière première*»¹⁶⁶. Dans ce cas de figure, l'examen de l'excès de pouvoir va porter non seulement sur la question de la conformité au droit de la décision administrative litigieuse, mais consistera également et surtout, avant tout, à établir la réalité des faits, motif de cette dernière.

Le contrôle de la légalité était ici une pratique qui a trait plutôt à la conviction du juge de l'excès de pouvoir qu'au raisonnement syllogistique. En effet, l'illégalité de la décision administrative sera établie, non pas grâce à une confrontation directe de cette dernière avec une disposition légale préexistante, mais au terme d'un examen de concordance entre les allégations factuelles de l'administration et la preuve de leur existence réelle. L'objet du contrôle juridictionnel consistera ainsi à établir la réalité des faits allégués par l'administration, à apporter la preuve de leur existence matérielle, réelle, c'est-à-dire à

¹⁶¹ F. Melleray, *Recours pour excès de pouvoir (Moyens d'annulation)*, Répertoire Dalloz, janvier 2007.

¹⁶² Comme d'ailleurs celui de la pleine juridiction.

¹⁶³ G.A.J.A 20^{ème} édition, note sous arrêt Camino, n°3 p. 167.

¹⁶⁴ Voir dans ce sens, X. Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives française*, P.U.A.M, 1990, p. 163.

¹⁶⁵ «*Il y a toujours des faits à l'origine de la décision de l'administration d'édicter une mesure déterminée ou de suivre un certain comportement*», R. Chapus, *Droit administratif général*, T. 1, 14^{ème} édition, n°1238.

¹⁶⁶ J.- F. Lachaume, *Répertoire de contentieux administratif*, juin 2013, «*Chapitre 3 - Erreur de fait*».

« rendre un état de choses indubitable concrètement très probable sinon prouvé, donc foncièrement incontestable »¹⁶⁷. Ici, « le moyen de preuve est lui-même l'élément, le document ou l'instrument grâce auquel une prétention sera considérée comme fondée, une accusation avérée, ou encore une revendication justifiée »¹⁶⁸.

Ainsi, à titre d'exemple, dans l'affaire Camino du 14 janvier 1916 (précitée), le Conseil d'État, pour apprécier la légalité du décret de révocation du maire d'Hendaye, le docteur *Camino*, a dû pénétrer dans ce terrain clos des faits, pour aller fouiller tous les recoins de la décision de révocation, examiner concrètement ce qui avait été dit par le préfet et ce qui avait été fait réellement par le docteur *Camino*. Ce faisant, la Haute juridiction administrative a pu rétablir la vérité, en ayant déjoué le mensonge dans les prétentions des parties au litige. Condition indispensable pour le jugement de la légalité, le rétablissement de la réalité des faits est une affaire de preuve. Cette dernière doit être pertinente et cohérente, en ce sens qu'elle ne doit laisser aucune parcelle de doute quant à l'existence matérielle des faits, car ces derniers comptent autant que la règle de droit elle-même et le juge doit en tenir compte dans le contrôle de l'excès de pouvoir.

La preuve de l'exactitude matérielle des faits peut être fournie, par exemple, par des témoignages qui viendront conforter les allégations de l'une des parties au litige. Tel est le cas notamment dans l'arrêt *Camino*. Le maire a répondu aux allégations du préfet par : « 1) une attestation du Conseil municipal que la brèche était ancienne et le chemin régulier peu praticable 2) une déclaration de l'entrepreneur, mandataire de la famille pour les obsèques, qu'il avait agi ainsi, nullement d'après l'ordre du maire, mais à raison de l'impossibilité, étant donné le poids du cercueil (250 kilogs), de passer par la porte, à laquelle n'aboutissait qu'un chemin défoncé et impraticable à cause de pluies récentes 3) une déclaration du chef-cantonnier, corroborée par le commissaire spécial, que la fosse était normale et de dimensions réglementaires. Le maire ajoutait qu'il n'avait pas eu la possibilité de protester au moment du passage de l'enterrement par cette brèche, puisque, ayant assisté à la levée du corps, il avait dû quitter les obsèques, appelé près d'un habitant, qui avait une épouvantable crise d'asthme »¹⁶⁹. Elle peut être également apportée par les pièces versées au dossier. Tel est le cas lorsque l'ouverture d'une boucherie a été autorisée au motif qu'il n'existait pas de

¹⁶⁷ B. Pacteau, *Preuve*, in *Répertoire de contentieux administratif*, septembre 2009.

¹⁶⁸ *Idem*.

¹⁶⁹ Cité par le commissaire de gouvernement Corneille.

boucherie dans la localité, alors que les pièces du dossier établissent qu'il en existait une¹⁷⁰. Elle peut résulter enfin de l'instruction. Tel est le cas lorsqu'un maire ordonne l'expulsion d'un locataire, en se fondant sur ce qu'un immeuble est menacé d'un péril grave et imminent, alors que l'instruction révèle que l'immeuble n'était menacé par aucun péril¹⁷¹.

¹⁷⁰ CE, 17 décembre 1943, *Bigot, Rec.*, p. 294. Voir dans ce sens, R. Odent, *Contentieux administratif*, T. 2, réédition Dalloz, 2007, p. 531.

¹⁷¹ CE, Sect. 20 mars 1959, *Mayer, Rec.*, p. 196.

B. L'examen de la réalité des faits dans le jugement de l'excès de pouvoir : une pratique rationalisée

Consacré d'une façon solennelle avec l'arrêt *Camino*, l'examen de l'exactitude matérielle des faits est, aujourd'hui, une partie intégrante et nécessaire du contrôle de l'excès de pouvoir. Dans cette mesure, le juge administratif considère les faits comme une composante à part entière de la légalité¹⁷², en ce sens que « *lorsqu'une décision administrative est fondée sur certains faits, elle n'est légale que si ces faits sont exacts, c'est-à-dire leur matérialité est démontrée. Lorsque cette matérialité fait défaut, la décision manque de cause juridique et de base légale ; elle doit être annulée pour excès de pouvoir* »¹⁷³.

À l'exception des cas où l'existence matérielle des faits relève de l'évidence¹⁷⁴, le contrôle de l'exactitude matérielle des faits peut être opéré aussi bien d'une façon systématique, que d'office par le juge administratif. Tout d'abord, le juge administratif contrôle d'une façon systématique la matérialité des faits à chaque fois qu'il y a un désaccord, c'est-à-dire deux prétentions qui s'opposent, sur leur existence réelle. Dans cette première hypothèse, l'examen de la réalité des faits est tributaire des prétentions opposées des parties au litige. À ce titre, il appartient à chaque partie d'apporter la preuve de ses allégations. Ainsi, si l'administration, par exemple, apporte la preuve de l'existence matérielle des faits, à l'aide notamment de documents fournies par elle, son action serait jugée conforme à la loi¹⁷⁵, dans le cas contraire, voire si le requérant met en doute¹⁷⁶ ou fragilise ses allégations notamment par

¹⁷² « *L'administration, lorsqu'elle use de son pouvoir discrétionnaire, ne doit pas se tromper dans la constatation des faits. Elle doit, en général, agir à partir d'une certaine situation des faits. Encore faut-il qu'elle ne commette pas d'erreur dans la connaissance de cette situation. Dans cette mesure, les faits font partie de la légalité* », G. Braibant, B. Stirne, *Le droit administratif français, Presse de sciences PO et Dalloz*, 2005, p. 287.

¹⁷³ R. Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, Payot, 1926, p. 289.

¹⁷⁴ Il s'agit notamment des litiges dans lesquels les faits sont tenus pour constant, connus de tous, ne prêtant à aucune discussion devant le juge.

¹⁷⁵ À la condition que seule l'existence matérielle des faits ait été contestée par le requérant et que ce motif de fait ait été déterminant. Voir par exemple : CE, 14 juillet 1967, *Sieur Santucci Rec.*, p. 251, concl. Bernard où il a été jugé qu'elle n'était pas établie l'illégalité d'un refus opposé à la demande d'un croupier de casino, dès lors que l'intéressé n'a pas rapporté la preuve de l'inexactitude matérielle des faits (détournement de fonds dits « orphelins ») qui lui sont reprochés par la décision du Ministre de l'Intérieur et dont ils constituent le motif.

¹⁷⁶ Doute qui profite à l'administré. Voir dans ce sens, CE, 26 décembre 2012, *M. A*, req., n° 355059 : « *Considérant que, pour accorder l'autorisation sollicitée, l'inspecteur du travail s'est fondé sur deux témoignages de fournisseurs faisant état de sollicitations de M. A en vue d'obtenir des bouteilles de vin à titre de cadeau personnel ; que le témoignage d'un troisième fournisseur fait état de pressions exercées par la société Boldis afin d'obtenir des éléments à charge contre M. A ; que ce témoignage fait naître un doute sur les circonstances dans lesquelles ont été recueillis les deux témoignages ayant fondé la décision de l'inspecteur du travail et, par conséquent, sur la réalité des faits qu'ils exposent ; qu'il résulte des dispositions précitées que lorsqu'un doute subsiste sur l'exactitude matérielle des griefs formulés contre un salarié, ce doute doit profiter* »

des témoignages ou par des événements contraires aux dires de l'administration¹⁷⁷, sa décision sera entachée du vice de l'inexactitude matérielle des faits et encourra par conséquent l'annulation pour excès de pouvoir. Les formules d'annulations sont souvent les mêmes : les griefs avancés par l'administration « *ne sont pas corroborés par les pièces du dossier* »¹⁷⁸, ou la matérialité des faits « *n'est pas établie* »¹⁷⁹ ; « *aucun commencement de preuve* » n'a été apporté par l'administration¹⁸⁰ ; l'administration « *n'apporte pas la preuve qui lui incombe de l'exactitude matérielle des faits* »¹⁸¹. Par ailleurs, le juge vérifie non seulement si matériellement un motif a été donné par l'administration, mais également si ce motif est suffisamment précis. Cela exclut les allégations vagues et imprécises, telles que les formules « *passé-partout* » qui ne constituent pas des motifs véritables, ou les explications générales ou encore les simples affirmations de l'administration¹⁸². C'est ainsi que le Conseil d'État a, par exemple, annulé un arrêté d'expulsion d'un étranger fondé sur les graves menaces qu'il aurait proférées et dont la matérialité n'était pas corroborée par les pièces du dossier¹⁸³, la décision de fermeture d'un restaurant accusé à tort d'avoir favorisé le trafic d'héroïne¹⁸⁴, la décision d'assignation à résidence, dans le cadre de l'état d'urgence, reposant sur des faits matériellement inexacts¹⁸⁵, la sanction disciplinaire prononcée à l'encontre d'un procureur de la République au motif que l'intéressé aurait négligé de demander à la gendarmerie de poursuivre ses investigations relatives à des disparitions inexplicables (« *disparus de l'Yonne* ») et n'aurait pas saisi l'occasion d'exploiter les résultats des investigations déjà menées, alors

au salarié ; qu'ainsi, la matérialité des agissements fautifs reprochés par la société Boldis à M. A ne saurait être regardée comme établie ; ».

¹⁷⁷ CE, 4 juin 1947, Frémicourt, Rec., p. 245, à propos de la décision de mettre à la retraite le Premier président de la Cour de cassation au motif que celui-ci avait « fait partie du premier gouvernement de Vichy », alors que le magistrat dont il s'agit avait, en réalité, été nommé ministre de la Justice par un décret signé du dernier Président de la III^e République et que sa démission avait été acceptée le 12 juillet 1940, avant l'entrée en vigueur des actes constitutionnels substituant l'État français à la République. La décision a été annulée car fondée sur un fait matériellement inexact. Voir dans ce sens R. Odent, *Contentieux administratif*, T. 2, Réédition Dalloz, 2007, précité, p. 531.

¹⁷⁸ CE, 12 mars 1969, Dromigny, Rec., p. 151 ; CE, 4 février 1981, Konaté, D., 1981, p. 353, note B. Pacteau.

¹⁷⁹ CE, 14 février 1991, Soc. Ile de France, Rec., p. 58.

¹⁸⁰ CE, 14 janvier 1948, Cavannavagia, Rec., p. 18 ; CE, 10 janvier 1979, Soc. Transports Gasc, T. 855.

¹⁸¹ CE, 2 février 1965, Saboureau, Rec., p. 64 ; CE, 13 juillet 1965, Magne de La Croix, Rec., p. 461 ; CE, 20 octobre 1982, Duffourg, D. 1983, p. 112, note J. Laferrière. Voir dans ce sens, B. Pacteau, *Contentieux administratif*, 7^{ème} édition, PUF 2005, n° 227.

¹⁸² CE, 7 juillet 1950, Confédération paysanne des Bouches-du-Rhône, Rec., p. 310.

¹⁸³ CE, 4 février 1981, Konaté, D. 1981, p. 353, note B. Pacteau, précité.

¹⁸⁴ CE, 3 novembre 1989, Sté China Town Limited, Rec., T. p. 464.

¹⁸⁵ CE, Ass., 30 janvier 1959, Grange, Rec., p. 85. Par cet arrêt, le Conseil d'État a généralisé le contrôle de l'exactitude matérielle des faits dans le cadre des lois d'exception, ce qui s'interdisait de faire de auparavant (CE, Ass., 16 déc. 1955, Dame Bourokba, Rec., p. 590, D. 1956. 392, note Drago).

que, contrairement à ce soutient le garde des sceaux, ministre de la justice, aucun des éléments de l'enquête de la gendarmerie ne lui a été communiqué¹⁸⁶.

Ensuite, le juge peut examiner d'office la matérialité des faits lorsque, notamment, le contenu des mémoires échangés devant lui par les parties n'a pas suffi, à lui seul, à l'éclairer et, par conséquent, à assurer l'application de la règle de droit invoquée devant lui. L'examen de la matérialité des faits s'inscrit ici dans le cadre du pouvoir inquisitorial reconnu au juge administratif pour établir sa conviction sur les faits motifs d'une décision administrative. Ainsi, le juge peut, par exemple, « prescrire une enquête sur les faits dont la constatation lui paraît utile à l'instruction de l'affaire »¹⁸⁷, « ordonner, avant dire droit, qu'il soit procédé à une expertise sur les points déterminés par sa décision »¹⁸⁸, voire « décider que l'un ou plusieurs de ses membres se transporteront sur les lieux pour y faire les constatations et vérifications déterminées par sa décision »¹⁸⁹, et en application de sa jurisprudence *Couespel du Misnil*¹⁹⁰, « exiger de l'administration compétente la production de tous documents susceptibles d'établir sa conviction et de nature à permettre la vérification des allégations du requérant »¹⁹¹.

¹⁸⁶ CE, 12 janvier 2004, M. Cazals, req., n° 248702.

¹⁸⁷ Article R. 623-1 *CJA*.

¹⁸⁸ Article R. 621-1 *CJA*.

¹⁸⁹ Article R. 622-1 *CJA*.

¹⁹⁰ CE, Sect., 1^{er} mai 1936, *Rec.*, p. 485.

¹⁹¹ Voir dans ce sens : CE, 26 septembre 1986, *Epoux Blanckaert*, *Rec.*, p. 222 ; CE, 21 juillet 1989, *Touhami*, *Rec.*, p. 165 (cas des relevés téléphoniques).

2§ Le vice de l'inexacte qualification juridique des faits, un autre moyen d'annulation pour excès de pouvoir

Après avoir constaté la réalité des faits, leur existence matérielle, le juge de l'excès de pouvoir peut être amené à contrôler leur qualification juridique¹⁹², c'est-à-dire à les définir, à les interpréter autrement que par ce qu'ils sont dans leur état naturel, en leur attribuant une qualité qui leur manque, qu'ils ne présentent pas naturellement à première vue, afin de les ranger ensuite dans une catégorie juridique. Deux techniques sont ainsi envisageables : la qualification juridique des faits au moyen d'un critère objectif (**A**) et la qualification juridique des faits au moyen d'un critère subjectif (**B**).

¹⁹² Le président Daniel Labetoulle définit la qualification juridique comme étant « (...) la démarche consistant à rapprocher une donnée factuelle (simple ou complexe) d'une notion juridique préexistante, à rechercher dans quelle mesure cette donnée entre dans le champ d'application de cette notion et à tirer les premières conséquences de cette identification », *La qualification et le juge administratif : quelques remarques*, Droit 1993, p. 31. Voir également Ch. Vautrot-Schwarz, *La qualification juridique en droit administratif*, L.G.D.J 2009.

A. Le contrôle restreint de la qualification juridique des faits : mise en œuvre d'une appréciation objective de l'excès de pouvoir

L'examen de la qualification juridique peut concerner, tout d'abord, une catégorie de faits correspondant à des données objectives simples, dont l'appréciation ne soulève pas de difficulté particulière¹⁹³. L'erreur commise par l'administration va alors être décelée par un simple examen du dossier. Il s'agit là d'une erreur d'une particulière gravité, tellement évidente qu'elle saute aux yeux. L'administration a commis ce qui est appelé communément une erreur manifeste : c'est-à-dire une erreur « évidente, invoquée par les parties et reconnue par le juge, et qui ne fait aucun doute pour un esprit éclairé »¹⁹⁴, tellement « grave, grossière, éclatante ... qu'elle soit visible même pour le non-juriste »¹⁹⁵. C'est une erreur qui n'apparaît « qu'au-delà d'un certain seuil »¹⁹⁶ d'irrégularité dépassant les « limites du tolérable, du raisonnable »¹⁹⁷. Elle « n'est pas seulement celle que peut constater un esprit même peu averti ; c'est, beaucoup plus profondément, celle qui résulte d'un "dérèglement" ; elle se situe au-delà de toute norme raisonnable ; elle est le fruit d'une appréciation non pas discrétionnaire mais arbitraire, c'est-à-dire déliée de toute norme. Elle est le propre de l'arbitraire »¹⁹⁸ que certains n'hésitent pas à qualifier de détournement de pouvoir¹⁹⁹.

Le contrôle de l'erreur manifeste est généralement présenté comme une exception à l'absence de contrôle juridictionnel sur l'appréciation des faits opérée par l'administration active dans sa sphère discrétionnaire²⁰⁰. En effet, si l'administration dispose d'une liberté

¹⁹³ Wei Teng-lin : « Il y a des faits ayant des données objectives et dont l'appréciation est relativement facile. L'erreur de fait saute aux yeux si on examine le dossier. Dans ce cas, il est hors doute que le Conseil d'État statue comme juge de la légalité et ne sort pas de son contrôle juridictionnel », *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le contrôle juridictionnel en droit français*, thèse, Lyon, 1944, pp. 62.

¹⁹⁴ G. Braibant, concl., sur CE, 13 novembre 1970, *Lambert*, cité par *Labetoulle et Cabanes*, A.J.D.A., 1971, chron. p. 35.

¹⁹⁵ J.-M. Auby et R. Drago, *Traité des recours en matière administrative*, précité, p. 517.

¹⁹⁶ P. Delvolvé, *Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? In Conseil constitutionnel et Conseil d'État : colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, Paris, L.G.D.J., 1988*, p. 288.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 289.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ Guy Braibant, déclare en effet, que si « La censure du détournement de pouvoir a pour objet de soumettre l'administration à un minimum de moralité et de lui interdire d'utiliser ses pouvoirs pour des fins étrangères à l'intérêt général. De même la censure de l'erreur manifeste a pour objet d'imposer aux autorités administratives le respect d'un minimum de logique et de bon sens. Même lorsqu'elles ont le pouvoir de faire ce qu'elles veulent, elles ne doivent pas être autorisées à faire n'importe quoi », concl. sur CE, 13 novembre 1970, *Lambert*, cité par *Labetoulle et Cabanes*, A.J.D.A., 1971, chron. p. 35.

²⁰⁰ Voir dans ce sens : P. Serrand, *Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente*, R.D.P. 2012 p. 901 ; J. Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 24^{ème} édition : « même dans les cas de "contrôle minimum", le juge limite le pouvoir discrétionnaire par le recours à la notion d'erreur manifeste d'appréciation ».

d'appréciation qui lui laisse l'opportunité d'agir, elle ne doit pas cependant faire n'importe quoi, agir suivant son humeur et ses caprices. L'erreur manifeste d'appréciation apparaît ainsi comme « *un mécanisme de secours en cas d'iniquité patente* », visant à combler « *le vide créé par l'absence d'un contrôle* »²⁰¹. C'est « *un procédé qui est destiné à étendre le domaine du contrôle minimum. Celui-ci ne constitue qu'une barrière à l'intérieur de laquelle le juge s'est lui-même enfermé. L'erreur manifeste se situe dans une perspective dynamique du contrôle destiné à réduire la part du pouvoir discrétionnaire laissé à l'autorité administrative* »²⁰².

Le pouvoir discrétionnaire ne constitue pas une limite au principe de légalité et ne se confond pas avec le pouvoir arbitraire, car, si l'administration dispose d'une liberté d'agir, elle reste cependant liée par les règles générales du service public, qui lui imposent de n'agir qu'en vue de l'intérêt général²⁰³. Autrement dit, « *lorsque la loi accorde à une autorité administrative un pouvoir discrétionnaire sans limites apparentes, il y a toujours une réserve sous-entendue, qui est que l'administration a sans doute le pouvoir d'apprécier discrétionnairement ce qu'exige l'intérêt public, mais qu'elle doit se déterminer strictement par la seule considération de l'intérêt public* »²⁰⁴. Cela dit, afin de « *corriger ce que la théorie du pouvoir discrétionnaire peut avoir d'excessif et d'arbitraire* »²⁰⁵, le juge doit donc pouvoir « *imposer aux autorités administratives un minimum de bon sens et de logique* »²⁰⁶ dans leurs actions quotidiennes.

L'introduction de l'erreur manifeste dans le contrôle de l'excès de pouvoir n'est pas, comme l'ont bien rappelé le Professeur Pacteau et M. de Laubadère avant lui, la négation du pouvoir discrétionnaire, « *elle en est seulement un nouveau contrepois* »²⁰⁷, par lequel le juge censure « *les erreurs grossières et les solutions déraisonnables* »²⁰⁸ de l'administration. Elle a apporté « *un sang neuf au contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire* »²⁰⁹, une solution intermédiaire à ce besoin pressant de contrôler l'incontrôlable dans l'action administrative, quand les vices qui entachent cette dernière dépassent les limites du raisonnable, du tolérable.

²⁰¹ Baudouin concl. Sous CE, 6 novembre 1970, *Guyé*, A.J.D.A 1971, 54.

²⁰² R. Drago, note sous CE, 2 novembre 1973, *Librairie François Maspero*, J.C.P 1974. II. 11742

²⁰³ Voir dans ce sens, L. Michoud, *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration* R.G.A. 1914, T. 3, p. 16, précité.

²⁰⁴ M. Waline, note sous CE, Ass. 28 mai 1954, *Barel*, R.D.P, 1954, p. 509, s. p. 511.

²⁰⁵ Kahn, conclusions sous CE, Ass., 12 janvier 1968, *Ministre de l'Economie et des Finances c/dame Perrot*, A.J.D.A 1968. II. p. 179.

²⁰⁶ R. Odent, *Contentieux administratif, réédition Dalloz*, 2007 t. II, pp. 563-564, précité.

²⁰⁷ B. Pacteau, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, thèse précitée, p. 235

²⁰⁸ R. Odent, *Contentieux administratif, réédition Dalloz*, 2007 t. II, pp. 563-564.

²⁰⁹ J. -Y. Vincent, *L'évidence en contentieux administratif*, P.U.R, réédition 2013, p. 60.

C'est une vision pragmatique²¹⁰ du contrôle juridictionnel²¹¹ qui trouve tout son sens dans l'hypothèse notamment d'une faute disciplinaire. En effet, les obligations de service qui s'imposent aux agents publics sont vagues et, en tout cas, non limitatives, ce qui a pour conséquence qu'en principe tout manquement à un quelconque des devoirs professionnels peut légalement motiver une sanction disciplinaire²¹².

La pratique de l'erreur manifeste est apparue pour la première fois en 1953²¹³ dans le domaine de la fonction publique, à propos des éventuelles équivalences d'emplois. Elle n'a jamais cessé de se développer depuis. Immédiatement après ce terrain fertile de la fonction publique²¹⁴, sur lequel on a vu émerger les premiers germes du contentieux administratif²¹⁵, l'erreur manifeste a touché celui du remembrement rural²¹⁶, avant de connaître enfin son essor qui la propagera dans des domaines de plus en plus nombreux²¹⁷ et dans des matières jusque-

²¹⁰ « son introduction et sa progression ont essentiellement répondu à une recherche pragmatique du juge » : B. Pacteau, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, thèse précitée, p. 235.

²¹¹ « placée devant des abus administratifs plus graves et plus fréquents que jadis, la Section du Contentieux (...) a cherché des procédés nouveaux pour réprimer, pour apporter, par un contrôle accru du juge, des garanties supplémentaires aux citoyens : pour atteindre ces buts, elle n'a pas hésité à accentuer l'évolution du recours pour excès de pouvoir au détriment de son essence première », Letourneur, *L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir*, *E.D.C.E.*, 1953, p.70.

²¹² CE, sect. 20 février 1953, *Mlle Amelin*, *Rec.*, p. 88 ; CE, 13 octobre 1967, *ministre des Armées c/ Doh*, *Rec.*, p. 374. Voir dans ce sens, R. Odent, *Contentieux administratif*, T. 2, précité p. 650.

²¹³ CE, 13 novembre 1953, *Denizet*, *Rec.* p. 489 ; CE, Sect., 15 février 1961, *Lagrange*, *Rec.*, p. 121, *A.J.D.A.* 1961 p. 200, chron. Galabert et Gentot. Dans cette affaire le Conseil d'État a accepté d'examiner, pour aboutir à une conclusion négative, s'il existait au ministère de la France d'outre-mer un emploi équivalent à celui d'administrateur d'Indochine.

²¹⁴ Le Professeur Prosper Weil parle de « véritable laboratoire d'expérience que constitue, pour le contentieux administratif tout entier, celui de la fonction publique », thèse précitée, p. 8.

²¹⁵ Après celui de l'équivalence d'emploi, le domaine de l'erreur manifeste s'élargit de plus en plus en matière de fonction publique : tel est par exemple l'appréciation permettant l'avancement d'un fonctionnaire (CE, 17 février 1978, *Spire*), l'appréciation d'une aptitude professionnelle (CE, 10 avril 1974, *Ministre de la Justice c/ Delamarche*, *J.C.P.* 1975. II. 17972, note Mabilat), la notation d'un fonctionnaire (CE, 26 octobre 1979, *Leca*), la répression disciplinaire d'un agent public (CE, 9 juin 1978, *Lebon*). Voir dans ce sens, T. Fortsakis, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, *L.G.D.J.* 1987, p. 471.

²¹⁶ Pour les appréciations opérées par les commissions départementales de remembrement, voir par exemple CE, 19 avril 1961, *Ministre de l'Agriculture/c Consorts Bruant*, *Rec.* p. 242 ; CE, 13 juillet 1961, *Demoiselle Achart*, *Rec.* p. 476 ; CE, 13 juillet 1962, *Demoiselle Vigneron*, T. p. 878 ; CE, 18 mars 1963, *Demoiselle Savard*, *Rec.* p. 57. 591 ; CE, 16 octobre 1963, *Bourssier*, *Rec.* 487 ; CE, 15 juillet 1964, *Dame veuve Denis*, *Rec.* p. 404.

²¹⁷ Par exemple des questions réputées techniques : telles que l'appréciation des incontinents de l'emploi de la gomme arabique comme stabilisateur dans les crèmes glacées (CE, 6 novembre 1963, *Sté Iranex*, *Rec.* p. 523) ; le refus de qualifier de yaourt, des yaourts surgelés (CE, 19 novembre 1986, *Soc. Smanor*, *Rec.*, p. 260) ; les mesures de haute police (CE, 25 juillet 1985, *Mme Dagostini*, *Rec.*, p. 226) ; la notoriété médicale (CE, 24 avril 1964, *Villard*, *Rec.* 256 ; CE, 7 juin 1967, *Roujemont*, *Rec.*, p. 240) ; l'aptitude du fonctionnaire à recevoir un avancement (CE, 22 février 1963, *Maurel*, *Rec.*, 119) ; la notation des fonctionnaires (CE, 3 novembre 2003, *Hello*, *R.F.D.A.* 2004, p. 196), l'exercice de leur droit de retrait (CE, 16 décembre 2009, *Ministre de la défense*, *A.J.D.A.* 2009, p. 2434) ; l'appréciation des services rendus par un nombre d'un tribunal administratif, lui permettant de recevoir une indemnité spéciale (CE, 11 mai 1966, *Boufrioua*, *Rec.* 317) ; l'appréciation portée par le préfet investi du pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser l'autorisation de démolir des locaux d'habitation (CE, Sect. 15 mars 1963, *Cie Electro-Mécanique*, *Rec.* p. 167) ; les nominations au tour extérieur dans la haute fonction publique (CE, Ass. 16 décembre 1988, *Bléton*, *Rec.*, p. 451). Voir dans ce sens, R. Odent, *Contentieux administratif*, T. 2, précité p. 564.

là considérées très largement comme discrétionnaires²¹⁸, qui tomberont « *les unes après les autres dans l'orbite de l'erreur manifeste* »²¹⁹.

Considérée comme « *une véritable théorie jurisprudentielle* »²²⁰, – et même si aujourd'hui cette dernière a « *perdu son caractère de scandale, son caractère "manifeste" et ...[que ce type de] contrôle se rapproche parfois d'un contrôle normal* »²²¹ –, les arrêts rendus dans cette matière ont souvent donné « *une allure de principe à ce contrôle de l'erreur manifeste, à côté des autres contrôles minimum que sont ceux de l'erreur de fait, de l'erreur de droit et du détournement de pouvoir* »²²². Ainsi que l'a rappelé l'arrêt du Conseil d'État du 28 novembre 1968, *Ministre des Armées c/Anger*²²³ : « *si le juge administratif saisi d'un recours pour excès de pouvoir ne peut apprécier l'opportunité de l'acte attaqué, il lui incombe en revanche d'en contrôler la légalité ; ... dans le cas où l'autorité administrative est investie d'un pouvoir discrétionnaire, ce contrôle est limité à l'examen de sa légalité externe, du détournement de pouvoir, de l'erreur de droit ou de fait dans les motifs, et de l'erreur manifeste d'appréciation...* »²²⁴.

S'il devient aujourd'hui très difficile, en raison de sa généralisation, de dresser une liste exhaustive des domaines concernés par la pratique de l'erreur manifeste d'appréciation, l'on peut cependant distinguer, selon la jurisprudence récente, deux hypothèses de l'erreur manifeste d'appréciation contrôlée par le juge de l'excès de pouvoir : l'erreur manifeste dans le motif de l'acte et l'erreur manifeste dans le dispositif de l'acte²²⁵.

²¹⁸ Tel est notamment le domaine de la Haute police, CE, 2 novembre 1973, Société « *Librairie François Maspero* », J.C.P 1974. II. 11742, Concl. Braibant, note Drago ; CE, 3 février 1975, *Pardov, pour une décision d'expulsion d'un étranger*, Rec. p. 83 ; CE, 19 février 1975, *Fouéré, pour un refus de passeport*, A.J.D.A 1975, p. 143 ; CE, 26 janvier 1968, *Sté Maison Genestal*, Rec. p. 62, concl. Bertrand, A.J.D.A 1968 p. 633, note J.-D. M., D. 1969 p. 456, note Fromont : *quant aux motifs d'intérêt général justifiant le refus d'un agrément fiscal*. Voir également dans ce sens, J. Waline, *Droit administratif*, précité p. 667.

²¹⁹ B. Pacteau, *thèse précitée*, p. 240.

²²⁰ R. Odent, *Contentieux administratif*, T. 2, précité, p. 564.

²²¹ G. Peiser, *Contentieux administratif*, Dalloz, 16^{ème} édition, 2014, p. 258.

²²² B. Pacteau, *thèse précitée*, p. 243

²²³ Rec., p. 580, précité,

²²⁴ CE, 28 novembre 1968, *Ministre des Armées c/Anger*, Rec., p. 580.

²²⁵ Voir dans ce sens, P. Serrand, *Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente*, R.D.P. 2012, précité, p. 901 ; B. Seiller, *Droit administratif*, Flammarion, T. 2, 6^{ème} édition p.263. Le professeur Bertrand Seiller souligne que le contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation « *porte le plus souvent sur la qualification juridique des faits. Il s'agit alors de vérifier que l'administration n'a pas commis une erreur grossière en confrontant les faits au droit.* » (B. Seiller, *op. cit.*, p. 263), mais qu'il « *est également parfois exercé à propos de l'adaptation de la décision prise aux faits qui l'ont justifiée* » (*op. cit.*, p. 266). V. aussi en ce sens, P.-L. Frier et J. Petit, *Droit administratif*, L.G.D.J 8^{ème} édition, n° 929.

Le juge de l'excès de pouvoir peut, tout d'abord, opérer un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans le motif de l'acte²²⁶. Il vérifie ainsi si l'administration n'a pas commis une erreur grossière en rapprochant de la règle de droit le fait qu'elle a constaté. Le juge s'interroge alors « *sur le principe même de l'action. Lorsqu'un texte laisse à l'autorité publique le choix entre agir ou non, le juge sanctionne les choix manifestement erronés* »²²⁷, c'est-à-dire ceux qui dépassent « *la mesure raisonnable* »²²⁸. Un exemple type de ce contrôle est fourni par le Conseil d'État dans son arrêt d'Assemblée du 14 décembre 2007, *M. Planchenault* (n°290420), rendu à propos d'une décision de déclassement d'emploi prise à l'encontre d'un détenu²²⁹. Dans cette espèce, la Haute juridiction, bien qu'ayant opéré un contrôle de qualification juridique des faits – il s'agissait en effet de déterminer si le comportement du détenu était bien de nature à justifier la mesure de déclassement –, a exercé un contrôle restreint, limité à l'examen de l'erreur manifeste d'appréciation. La décision de déclassement était justifiée par un motif lié à l'intérêt du service, car le détenu faisait preuve de mauvaise volonté et entretenait un climat conflictuel. Il s'agissait d'un motif de « moindre intensité », la situation de pénurie caractérisant le travail pénitentiaire et les contraintes inhérentes au monde carcéral ayant justifié que le Conseil d'État limitât son contrôle à celui de l'erreur manifeste d'appréciation²³⁰. En revanche, la même mesure aurait pu justifier un contrôle normal de la qualification juridique des faits, si elle avait été prise à titre de sanction disciplinaire²³¹.

L'examen de l'erreur manifeste d'appréciation peut concerner ensuite le dispositif de l'acte contesté : le juge va alors vérifier « *le choix même de la décision* »²³²

²²⁶ A condition bien évidemment que ce motif est de « *moindre intensité* », Pierre Serrand, *Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente*, R.D.P 2012, p. 901.

²²⁷ P.-L. Frier et J. Petit, *Droit administratif*, L.G.D.J., 8^{ème} édition, n° 929, précité.

²²⁸ B. Seiller, *Droit administratif*, T. 2, 4^{ème} édition p. 246.

²²⁹ « *Considérant... qu'en décidant, pour ces raisons, dans l'intérêt du service et non pour des motifs disciplinaires, le déclassement de l'intéressé sur le fondement de l'article D. 99 précité, la directrice de la maison d'arrêt de Nantes n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation* », A.J.D.A., 2008, chron. p. 128, R.F.D.A., 2008, p. 87, concl. M. Guyomar.

²³⁰ De même est « *entachée d'erreur manifeste d'appréciation la nomination dans le corps du contrôle général économique et financier, ayant donné lieu à un avis défavorable de la commission d'aptitude au motif que l'intéressé n'avait exercé ni des « responsabilités d'encadrement ou de direction », ni des « fonctions d'analyse et d'expertise approfondies à caractère économique et financier », dès lors qu'aucune pièce du dossier ne permet d'infirmier le constat de la commission et que les défendeurs ne se prévalent pas d'autres éléments, se rattachant à d'autres critères de compétence que ceux examinés par cette dernière, susceptibles de justifier la nomination litigieuse* » : CE, 23 décembre 2011, n° 346629.

²³¹ Voir dans ce sens les conclusions précitées de M. Guyomar : « *Si le déclassement avait été prononcé à titre disciplinaire, vous devriez exercer un contrôle normal* » ; Pierre Serrand, *Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente* R.D.P 2012, précité.

²³² P.-L. Frier et J. Petit, *Droit administratif*, précité, n° 929.

prise par l'autorité administrative, en examinant, par exemple, la proportion existant entre la faute reprochée à un agent public et la sanction infligée à ce dernier. La décision du Conseil d'Etat *Vinolay* du 26 juillet 1978 (Rec., p. 315, A.J.D.A 1978, p. 530)²³³ est exemple parfait qui fera aisément comprendre l'hypothèse envisagée. Dans cette affaire, un agent d'une Chambre d'Agriculture a été révoqué en raison d'un simple défaut de diligence et de rigueur. La décision de révocation pour un simple défaut de diligence et de rigueur est une erreur manifeste. C'est une erreur qui saute aux yeux ; elle est tellement évidente qu'elle laisse soupçonner un détournement de pouvoir²³⁴. En effet, si l'administration peut légitimement prendre toutes les mesures nécessaires, notamment une sanction disciplinaire²³⁵, pour garantir la bonne marche du service et assurer une attitude irréprochable de ses agents, elle ne doit pas utiliser ce pouvoir pour faire n'importe quoi, sanctionner n'importe comment. C'est ainsi, par exemple, dans un arrêt du 8 mars 2002, *Ville d'Angers* (req. n° 216851), le Conseil d'État a jugé que « *ni le désaccord pédagogique qui l'opposait au directeur du conservatoire sur l'enseignement de la danse ni le fait que Mme Cantel n'a pas signalé des absences d'élèves pendant quelques mois de l'année scolaire 1994/1995 ne suffisaient à justifier la révocation de ce professeur ; que, par suite, Mme Cantel [était] fondée à soutenir que cette sanction [était] entachée d'erreur manifeste d'appréciation* »²³⁶. De même la Haute juridiction administrative n'a pas hésité, pour sanctionner l'erreur manifeste dans la radiation de M. Jean-Hugues A. des cadres de la gendarmerie nationale prononcée par le Président de la République, à relever « *l'excellente manière de servir de l'intéressé et à l'éventail large de*

²³³ Voir dans le même sens : CE, 1^{er} décembre 1978, *Dame Cachelièvre*, Rec., p. 483 : à propos de la révocation d'une ouvrière professionnelle d'un hospice, avec suspension des droits à pension.

²³⁴ G. Braibant, concl., sur CE, 13 novembre 1970, *Lambert*, cité par Labetoulle et Cabanes, A.J.D.A, 1971, chron. p. 35.

²³⁵ CE, Sect. 20 février 1953, *Mlle Amelin*, Rec., p. 88 ; CE, 13 octobre 1967, *Ministre des Armées c/ Doh*, Rec., p. 374.

²³⁶ Dans ce même ordre d'idée et pour reprendre les exemples fournis par le Professeur Serrand (*Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente*, R.D.P 2012, précité) : le Conseil d'État a exercé un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans le dispositif par exemple de la décision du Premier ministre de fusionner, dans huit départements, les Directions Départementales de l'Équipement et les Directions Départementales de l'Agriculture et de la Forêt (CE, 16 janvier 2008, *Syndicat UNSA Agriculture et Forêt*, req. n° 300468), ou sur celle du ministre de la Justice de réserver à un concours 563 postes aux bénéficiaires du code des pensions militaires d'invalidité et victimes de guerre et 78 emplois contractuels à des handicapés (CE, 30 avril 2008, *Syndicat Lutte Pénitentiaire*, req. n° 303431), ou encore sur celle du représentant de l'État dans la région de choisir la communauté urbaine de Strasbourg comme bénéficiaire du transfert de l'aérodrome de Strasbourg-Neuhof (CE, 19 novembre 2008, *Communauté urbaine de Strasbourg*, A.J.D.A, 2009, p. 425, note M. Verpeaux). Plus récemment, le Conseil d'État a considéré, dans son arrêt du 18 juillet 2011, *Union nationale des moins valides* (Req. no 332128), que « *les auteurs de l'arrêté du 8 avril 2002 n'ont pas méconnu (les) dispositions (de l'article 45, alinéa 1^{er}, de la loi du 11 février 2005) en prévoyant que les feux de signalisation tricolores comportant un équipement destiné à permettre aux personnes aveugles ou malvoyantes de connaître la période durant laquelle il est possible de traverser les voies de circulation émettraient, pendant la phase où le feu est au vert, un signal sonore codé exclusif ; que si l'association requérante estime qu'un message parlé aurait été préférable, il ne ressort pas des pièces du dossier que le choix d'un signal sonore résulte d'une erreur manifeste d'appréciation* ».

sanctions dont disposait l'autorité disciplinaire » pour répondre au comportement fautif de l'intéressé²³⁷. Cependant, n'était pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation la décision du Recteur de l'Académie de Toulouse du 10 juillet 1974, de mettre à la retraite d'office le sieur X, instituteur à Toulouse. Ce dernier s'était en effet rendu coupable de gestes indécents sur des fillettes de sa classe, « *faits, dont la matérialité [était] établie par les pièces du dossier, étaient de nature à justifier une sanction disciplinaire* »²³⁸. De même, n'était pas entachée d'erreur manifeste, et ce quel que fût le passé professionnel de l'intéressée, la décision du maire de Trélazé, du 21 mars 1990, de révoquer, avec maintien de ses droits à pension, Mme X... pour avoir « *gardé par-devers elle, sans aucune justification, d'une part, une somme de deux cent francs provenant du remboursement d'une avance consentie à une famille dans le besoin par le centre communal d'action sociale, d'autre part, une somme de 396,60 francs recueillie lors d'une quête de mariage* » ; car « *ces faits [constituaient] des manquements à la probité exclus du bénéfice de l'amnistie par l'article 14 de la loi du 20 juillet 1988* » et « *ce comportement fautif était de nature à justifier une sanction disciplinaire* »²³⁹.

²³⁷ CE, 12 janvier 2011, *M. Jean-Hugues X*, req. n° 338461, A.J.D.A., 2011 p. 5, obs. M.-C de Montecler ; CAA Paris, 15 novembre 2011, req. n° 10PA03043, *Mlle Carine X* ; CAA Paris, 15 novembre 2011, req. n° 10PA04518, *M. Frédéric X* ; CAA Paris, 24 septembre 2013, req. n° 11PA01041, *Cne Nouméa c. M. A, A.J.F.P* 2014 p. 100). Voir dans ce sens, S. Guérard, *Dalloz Encyclopédie des collectivités locales, Chapitre 8 (folio n°10382) – Les cessations définitives de fonctions*, septembre 2014.

²³⁸ CE, 9 juin 1978, *Sieur Lebon*, req. n° 05911, *D.* 1979. 30, note B. Pacteau.

²³⁹ CE, 31 janvier 1997, *M^{me} Opportun*, req. n° 135191. De même, il n'y a pas d'erreur manifeste : la mise à la retraite d'office d'un sous-brigadier de la police nationale qui, à l'occasion d'une transaction portant sur l'acquisition d'une villa, avait tenté d'escroquer le vendeur (CE, 10 juillet 1996, n°143988) ; la sanction de révocation d'un garde-champêtre ayant volé avec effraction des matériaux sur un chantier (CE, Sect. 6 mai 1996, n° 109106) ; la révocation de M. X, professeur de lycée professionnel spécialité lettres anglais accusé s'être livré à des pratiques d'aviilissement sur un mineur en état de détresse et de souffrance psychiques (CAA Nantes, 1^{er} juillet 2011, req. n° 10NT02191) ; la révocation d'un agent hospitalier rendu coupable de retards et de graves négligences dans sa mission de gestion des tutelles, notamment de défaut de transmission de comptes de gestion au juge des tutelles et au comptable public malgré de nombreux rappels, de défaut de transmission de demandes de tutelles ayant pour effet de placer des patients pendant plusieurs mois sans protection, de négligences dans la gestion des dossiers des incapables majeurs et de rétention d'informations lors de la réorganisation du service (CE, 13 juillet 2011, req. n° 307001) ; la révocation d'un agent municipal rendu coupable pour avoir tracé sur les palissades d'un chantier entourant l'hôtel de ville et sur des véhicules municipaux, des inscriptions injurieuses à l'égard de la formation politique à laquelle appartenait le maire de la commune (CE, 8 juillet 1991 req. n° 97560 et 105925, *M. Patrick X*).

B. Le contrôle normal de la qualification juridique des faits : mise en œuvre d'une appréciation subjective de l'excès de pouvoir

L'examen de la qualification juridique peut concerner, également, une catégorie de faits dont l'appréciation ne peut être déterminée par des données objectives simples. Il s'agit de circonstances de fait, motifs d'une décision administrative, matériellement insaisissables et qui ne rentrent à première vue dans aucune catégorie juridique particulière, « *ne tombent pas sous les sens* »²⁴⁰.

La simple constatation de leur existence matérielle n'offre aucunement l'outil nécessaire au juge pour apprécier la légalité de la décision contestée. Un même fait peut, en effet, recevoir des qualifications juridiques différentes. Ainsi, une place publique (Beauvau) au centre de Paris, qu'une partie de gens pourra considérer comme une perspective monumentale, passera, aux yeux d'une autre partie des usagers connaissant bien le centre de Paris, pour une simple place publique, ne justifiant pas, par conséquent, la décision de refus d'un permis de construire. L'examen du grief de la violation de la loi suppose donc autre chose que la simple confrontation de la décision administrative à une disposition légale (ou réglementaire) préexistante ; il faut une appréciation préalable des circonstances de fait motifs de la décision administrative. Et c'est de cette appréciation que va dépendre la légalité de l'acte contesté²⁴¹. Après avoir constaté l'exactitude matérielle des faits, le juge va devoir leur attribuer une qualification juridique particulière, c'est-à-dire un sens juridique résultant d'une perception du point de vue des règles de droit censées les régir.

Pour pénétrer dans une catégorie juridique les faits ont besoin d'être qualifiés. Pour ce faire, le juge doit les définir, les interpréter autrement qu'à travers ce qu'ils sont dans leur état naturel, en leur attribuent une qualité qui leurs manque, qu'ils ne présentent pas naturellement, afin de les ranger ensuite dans une catégorie juridique particulière. Autrement dit, après avoir désigné certaines circonstances de fait, le juge va les soumettre à un traitement intellectuel qui va les transporter de leur état naturel (faits purement matériels) au rang de normes juridiques, en leur assignant une signification particulière, –une signification juridique bien évidemment –, justifiant qu'un certain régime juridique leur soit, en conséquence,

²⁴⁰ Wei Teng-lin, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le contrôle juridictionnel en droit français*, thèse Lyon 1944, précité, p. 62.

²⁴¹ Romieu concl., sous l'affaire *Jacquin* du 30 novembre 1906 : « *des circonstances faits dont la légalité de l'acte peut dépendre, l'opinion contraire, fort répandue, est une erreur* ».

appliqué²⁴². Cette démarche permet au juge de, successivement, « rapprocher une donnée factuelle (simple ou complexe) d'une notion juridique préexistante, ...rechercher dans quelle mesure cette donnée entre dans le champ d'application de cette notion et... tirer les premières conséquences de cette identification »²⁴³.

Le juge contrôle la qualification juridique des faits dans les hypothèses où un texte législatif (ou réglementaire) ou encore une solution jurisprudentielle subordonnent l'action administrative à l'existence de certaines situations de fait. L'exacte qualification juridique des faits devient ainsi, à côté de celle de leur exactitude matérielle, une condition légale de validité d'une décision administrative.

Ainsi, pour qu'une décision administrative soit légale, il faut non seulement « que les faits retenus pour la motiver soient matériellement exacts ; il faut aussi que ces faits exacts soient, par leur nature, au nombre de ceux que l'autorité administrative pouvait légitimement retenir comme motifs pour décider » disait le Président Odent²⁴⁴. Il faut que les faits retenus par l'administration soient « de nature à » justifier juridiquement la décision prise, pour reprendre les termes utilisés par l'arrêt de principe en la matière (CE, 4 avril 1914 *Gomel*, précité). Dans cette affaire, le Conseil d'État avait été saisi d'un recours en annulation contre la décision du préfet de la Seine ayant refusé un permis de construire en vue de sauvegarder des perspectives monumentales. Aux termes de l'article 4 du décret du 26 mars 1852, modifié par l'article 118 de la loi du 13 juillet 1911, tout constructeur de maison à Paris, avant de se mettre à l'œuvre, « [devrait] adresser à l'administration un plan et des coupes cotées des constructions qu'[il] [projetait], et se soumettre aux prescriptions qui lui [seraient] faites dans l'intérêt de la sûreté publique, de la salubrité ainsi que de la conservation des perspectives monumentales et des sites, sauf recours au Conseil d'État par la voie contentieuse ». Le Conseil d'État annula la décision de refus du permis de construire et considéra qu'au regard du décret du 26 mars 1852 modifié par l'article 118 de la loi du 13 juillet 1911 « la place Beauvau ne saurait être regardée dans son ensemble comme formant une perspective monumentale ».

Il importe de préciser la signification de l'arrêt *Gomel*, car il ne s'agissait d'examiner la conformité à la loi (décret du 26 mars 1852, modifié par l'article 118 de la loi du 13 juillet

²⁴² Voir dans ce sens, Micel Virally, *La pensée juridique*, L.G.D.J., 1960, p. 17.

²⁴³ D. Labetoulle, *La qualification et le juge administratif : quelques remarques*, *Droit*, 1993, n°18, p. 31.

²⁴⁴ R. Odent, *Contentieux administratif, réédition Dalloz*, 2007, T. 2, p. 532.

1911) de la décision de refus du permis de construire. La question posée était celle de la qualification juridique de la place Beauvau qui n'était point une question d'examen de conformité au droit. Le refus du Conseil d'État de voir dans la place Beauvau une perspective monumentale était ici un problème de pur fait. Le juge n'a opéré aucun contrôle de conformité (compatibilité) d'un acte administratif à une disposition légale préexistence. Les textes ayant prévu la possibilité pour l'administration de refuser un permis de construire, ne donnaient aucune définition de la perspective monumentale. Il fallait donc démontrer d'une façon prétorienne l'existence ou la non-existence d'une perspective monumentale à l'endroit où était projetée la construction. Dans cette affaire, « *le préfet de la Seine avait dit oui; le Conseil d'État dit non. Est-ce une question d'interprétation de la loi, c'est-à-dire de définition légale de la perspective monumentale ? Mais le juge ne définit pas la perspective monumentale; il se borne à décider, comme aurait pu le faire un arbitre artistique, « qu'en fait, la place Beauvau ne saurait être regardée dans son ensemble comme formant une perspective monumentale » (...)* Et cela, c'est une affirmation de fait, l'affirmation de gens qui connaissent la place Beauvau, et qui ne la trouvent pas monumentale, et qui, s'ils ne connaissaient pas par eux-mêmes la place Beauvau. Se prononceraient sur un rapport d'experts »²⁴⁵.

Le contrôle de la qualification juridique des faits a entraîné le juge de l'excès de pouvoir fort loin, au point de confondre son office avec celui du juge de la pleine juridiction. En effet, dans l'hypothèse de la qualification juridique des faits, le juge de l'excès de pouvoir exerce, comme le fait celui de la pleine juridiction, un arbitrage complet, de fait et de droit, sur le litige dont il est saisi²⁴⁶.

Voyons les conséquences que l'on peut tirer de cette analyse. Ici, le contrôle de la légalité cesse, en quelque sorte, d'être un contrôle purement « *mécanique pour acquérir un certain degré de profondeur, voire de subtilité* »²⁴⁷. En effet, tel un administrateur, le juge s'empare des faits effectivement produits pour les soumettre à une sorte de pesée, de mesure²⁴⁸, afin de déterminer ensuite si ces faits sont bien « *de nature à justifier légalement* » la décision qui a été prise. Le juge de l'excès de pouvoir va ainsi vérifier par, exemple, si tel

²⁴⁵ Hauriou, note sous arrêt *Gomel* 4 avril 1914, S. 1917. III^{ème} part., p. 25.

²⁴⁶ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1896, T. 1, 2^{ème} édition, p. XVII.

²⁴⁷ J.- F. Lachaume, *Violation de la règle de droit*, in *Répertoire contentieux administratif*, juin 2013 (actualisation : janvier 2015).

²⁴⁸ Voir dans ce sens, S. Goyard-Fabre, *Essai critique phénoménologique du droit*, thèse Paris 1972, p. 69.

fait, effectivement produit, a bien un caractère fautif justifiant une sanction disciplinaire²⁴⁹ ou bien si tel immeuble est une perspective monumentale justifiant le refus de permis de construire²⁵⁰ ou encore si telle publication est une menace à l'ordre public justifiant son interdiction²⁵¹, etc. Ainsi, sans prétendre fournir une liste exhaustive de tous les domaines concernés par une démarche préalable de la qualification juridique des faits, le juge vérifie, par exemple : la qualification de site pittoresque²⁵², le caractère licencieux d'un film justifiant son interdiction²⁵³, le caractère pornographique d'une revue²⁵⁴, le degré de moralité d'une personne ayant fait l'objet d'un retrait de naturalisation²⁵⁵, la représentativité d'une organisation syndicale²⁵⁶, le caractère politique d'une demande d'extradition²⁵⁷, la nature d'une opération pouvant justifiant la création d'une zone d'aménagement concertée²⁵⁸.

²⁴⁹ CE, Ass. 13 mars 1953, *Tessier*, Rec., p. 133, *D.* 1953, p. 735, concl. Donnedieu de Vabres : s'agissant du refus du directeur du CNRS de condamner une lettre ouverte particulièrement injurieuse envers un gouvernement.

²⁵⁰ CE, 4 avril 1914, *Gomel*, Rec., p. 488, précité, à propos de la place Beauvau ; CE, 1^{er} août 1914, *Pillot*, Rec., p. 1012, à propos de la place de la Madeleine.

²⁵¹ CE, 5 décembre 1956, *Thibaud*, Rec., p. 463.

²⁵² CE, 2 mai 1975, *Dame Ebri*, Rec., p. 280.

²⁵³ CE, Sect. 30 juin 2000, *Association promouvoir, M. et Mme Mazudier*, Rec., p. 265 ; CE, 6 octobre 2008, *Soc. Cinédiction*, req. n° 311017, *A.J.D.A* 2009, p. 544, note, Le roy.

²⁵⁴ CE, 20 décembre 1985, *SARL Pharaon*, *A.J.D.A* 1987, p. 190.

²⁵⁵ CE, Ass. 1^{er} février 1952, *Gromb*, Rec., p. 79.

²⁵⁶ CE, Ass. 21 janvier 1977, *CFDT et CGT*, Rec., p. 39.

²⁵⁷ CE, Ass., 24 juin 1977, *Astudillo Calleja*, Rec., p. 290.

²⁵⁸ CE, Sect. 28 juillet 1993, *Commune de Chamonix-Mont-Blanc*, Rec., p. 251.

Voir dans ce sens, les jurisprudences citées dans le *G.A.J.A* n° 28, note sous arrêt *Gomel*, précité ; R. Odent *Contentieux administratif*, précité ; R. Chapus, *Droit administratif général*, précité.

Conclusion du chapitre 1 :

En conclusion de ce premier chapitre, nous pouvons souligner que la question de fait est désormais une composante à part entière de la légalité. Ce constat paraît évident, car, en effet, la solution des litiges administratifs soumis au contrôle du juge de l'excès de pouvoir peut dépendre non seulement de la conformité au droit de l'action administrative litigieuse (approche principalement abstraite de la légalité), mais également des circonstances de fait l'ayant motivée (approche concrète). L'existence matérielle des faits ou encore leur exacte qualification juridique forment ainsi des nouveaux moyens de légalité pouvant justifier une demande en annulation pour excès de pouvoir. Dès lors, la légalité peut être redéfinie, dans un sens désormais élargie, comme étant la conformité au droit d'un acte administratif dont les motifs de fait sont matériellement exacts (existants) et justement qualifiés par l'administration.

Chapitre 2.

L'examen concret de l'excès de pouvoir : un positionnement du juge en marge des standards traditionnels de la légalité

Après avoir consacré la situation factuelle comme composante nouvelle de la légalité, le juge de l'excès de pouvoir s'est rendu compte que les standards traditionnels de la légalité ne lui permettaient plus d'appréhender d'une façon concrète toutes les irrégularités pouvant entacher l'action administrative. À cette fin, le juge a dû forger de toutes pièces un nouveau concept, celui de la proportionnalité comme nouvelle norme de référence dans l'examen de l'excès de pouvoir.

Ainsi, il s'agira de montrer dans ce chapitre comment le juge utilise désormais la règle de proportionnalité comme norme de référence dans l'examen de l'excès de pouvoir (Section 1), avant d'exposer les critiques que peut soulever une telle démarche adoptée par le juge administratif (Section 2).

Section 1. Utilisation du concept de proportionnalité comme instrument de contrôle de l'excès de pouvoir

Il nous incombe de déterminer, à partir d'une approche concrète de l'examen de l'excès de pouvoir, comment le juge parvient à établir un rapport de corrélation entre la légalité d'une décision administrative et sa proportionnalité. Dans cette perspective, la proportionnalité sera tout d'abord appréhendée sous l'angle de l'adéquation entre les motifs et le dispositif d'une décision administrative (§1), On l'examinera ensuite du point de vue de l'équilibre entre l'actif et le passif de cette dernière (§2).

§1. La proportionnalité appréhendée sous l'angle de l'adéquation entre les motifs et le dispositif d'une décision administrative : le concept de « légalité-moyen »

Dans cette première hypothèse, la légalité de l'action administrative dépendra du rapport d'adéquation existant entre les moyens employés par l'administration et le but par elle poursuivi dans une situation de fait donné. Concrètement, le contrôle du juge consistera à s'assurer que les moyens mobilisés par l'autorité administrative, par rapport aux autres moyens dont elle dispose, sont bel et bien adaptés, c'est-à-dire non excessifs, au regard de ce qu'exige le but poursuivi, et que cette dernière a bien su, avant d'agir, se saisir de l'ensemble des solutions possibles au regard des fins poursuivies²⁵⁹. L'hypothèse d'une mesure de police administrative et celle d'une sanction disciplinaire sont deux illustrations parfaites de l'utilisation par le juge de la règle de proportionnalité comme norme de référence dans l'examen de l'excès de pouvoir.

²⁵⁹ J. Mesmin d'Estienne, *Le refus du contrôle d'opportunité : un mythe à déconstruire ? R.F.D.A* 2016, p. 545.

A. L'hypothèse d'une mesure de police administrative (dispositif) examinée selon son adéquation à la gravité des faits (motifs) susceptibles de troubler l'ordre public

Une mesure de police administrative constitue un premier exemple de l'utilisation par le juge du concept de proportionnalité comme norme de référence dans l'examen de l'excès de pouvoir. En effet, le contrôle de la légalité ne se résume pas à un simple examen de corrélation entre la mesure de police administrative critiquée et la règle de droit applicable (contrôle abstrait), mais s'exerce de manière beaucoup plus concrète²⁶⁰. Ainsi, outre la compétence²⁶¹, la forme, le but²⁶² ou encore les motifs de droit et de fait ayant justifié la mesure de police (standards traditionnels de la légalité invariablement contrôlés), le juge va rechercher s'il y a bien équilibre, concordance ou adéquation, entre les moyens (par exemple, restriction, interdiction, réglementation, etc) utilisés par l'autorité de police et le but d'ordre public ou de sécurité publique par elle poursuivi. Dans ce cas de figure, il s'agit de déterminer si les moyens employés par la dite autorité ne sont pas, en tenant compte des circonstances de temps et de lieu de l'espèce, excessifs au regard de ce qu'exige la nécessité de protéger l'ordre public. Cela dit, pour que la mesure de police soit régulière, il ne suffit pas qu'elle soit légale au point de vue « *organique* » (mesure entrant dans la compétence, par exemple, du maire) et « *matériel* »²⁶³ (existence de motifs de fait menaçant de troubler l'ordre public, en l'absence supposée de détournement de pouvoir), il importe également qu'elle soit « *adaptée, nécessaire et proportionnée au regard des nécessités de l'ordre public, telles qu'elles découlent des circonstances de temps et de lieu* »²⁶⁴ ou encore que « *parmi les mesures envisagées [par l'autorité de police], celle qui a été prise est exactement celle qu'il fallait retenir* »²⁶⁵.

²⁶⁰ G. Vedel, P. Delvolvé : « *Les limites des pouvoirs de police se définissent de manière beaucoup plus concrète par la prise en compte de considérations diverses. La plus importante d'entre elles (...), est celle du caractère de liberté publique attaché à certaines activités tombant sous le coup de la mesure de police et qui conduit à faire de l'opportunité de la mesure de police un élément de légalité de celle-ci* », *Droit administratif*, T. 2, 12^{ème} édition pp. 699 à 700.

²⁶¹ CE, 8 août 1919, *Labonne, Rec.*, p. 737.

²⁶² CE, 20 octobre 1971, *Estaynou, J.C.P* 1972. II. n° 17217 ; CE, Sect., 25 janvier 1991, *Brasseur, req.*, n° 80969.

²⁶³ Voir dans ce sens, W. Teng-Lin, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le contrôle juridictionnel en droit français*, thèse Lyon, 1944, précité, pp. 79 à 80.

²⁶⁴ CE, Ord. 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres - association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France*, req., n°s 402742 et 402777 ; CE, Ord. 26 septembre 2016, *Association de défense des droits de l'homme - Collectif contre l'islamophobie en France*, req., n°403578.

Voir également dans ce sens : CE, 26 novembre 2010, *M. Damien A. c/ Commune de Niort*, req. n° 330588 : une mesure de police « *ne peut légalement intervenir que pour autant qu'elle soit strictement nécessaire et ne porte pas aux droits de l'intéressé une atteinte disproportionnée par rapport au but poursuivi et aux motifs qui la justifient* ».

²⁶⁵ G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, T. 2, précité, p. 323.

On peut dire ici, avec *Jean-Pierre Henry*²⁶⁶, que le raisonnement du juge s'apparente à celui d'un médecin, appelé au chevet d'un malade. Après avoir constaté chez ce dernier un certain nombre de symptômes, il va, dans sa première appréciation, établir un diagnostic pour « *déterminer de quelle maladie les symptômes sont révélateurs, en les interprétant et en qualifiant le mal qui affecte son patient* »²⁶⁷, pour décider de la nécessité des soins « *en fonction des connaissances médicales du moment et de la personnalité du malade* »²⁶⁸; une fois la nécessité de soins établie, le médecin, dans sa seconde appréciation, « *devra prescrire les soins qui lui semblent les plus appropriés pour lutter contre la maladie* »²⁶⁹. Son « *choix de la thérapeutique (décision) sera déterminé par son adaptation estimée à la maladie (motif) pour remettre le malade sur pied* »²⁷⁰.

De nombreuses affaires, tant anciennes que plus récentes, illustrent parfaitement l'utilisation par le juge de l'excès de pouvoir de la règle de proportionnalité comme instrument de contrôle de la légalité d'une mesure de police administrative. Très tôt, dans sa décision *Morel* du 5 août 1908 (*Rec.*, p. 858, concl. Saint-Paul), le Conseil d'État avait déjà annulé, car « *aucun motif tiré de la **nécessité** de maintenir l'ordre et la tranquillité publique **ne pouvait le justifier*** », un arrêté municipal ayant décidé qu'il ne pourrait y avoir qu'une seule sonnerie de cloches de cinq minutes au maximum pour chaque office religieux et ayant interdit l'usage des cloches avant sept ou huit heures du matin suivant les saisons et après huit heures du soir en toute saison. Dans une autre espèce (*Abbé Olivier* en date du 19 février 1909, *Rec.*, p. 181, S. 1909. III., p. 34, concl. Chardenet) et toujours à propos d'une mesure de police restreignant les manifestations extérieures du culte, le Conseil d'État a précisé, sous une forme particulièrement nette, que « *si le maire est chargé par l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 du maintien de l'ordre dans la commune, **il doit concilier l'accomplissement de sa mission avec le respect des libertés garanties par les lois ; qu'il appartient au Conseil d'État**, saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre un arrêté par application de l'article 97 précité, **non seulement de rechercher si cet arrêté porte sur un objet compris dans les attributions de l'autorité municipale, mais encore d'apprécier, suivant les circonstances de la cause, si le maire n'a pas, dans l'espèce, fait de ses pouvoirs un usage non autorisé par la***

²⁶⁶ J.-P. Henry, *Une nouvelle fonction pour l'erreur manifeste, le contrôle du respect de l'obligation de diligence*, A.J.D.A 1979, p.17.

²⁶⁷ *Idem*, p.18.

²⁶⁸ *Idem*.

²⁶⁹ *Idem*.

²⁷⁰ *Idem*.

loi (...) ; que l'article 1^{er} de la loi du 9 décembre 1905 garantit la liberté de conscience et le libre exercice des cultes, sous les seules restrictions édictées dans l'intérêt de l'ordre public (...) qu'il résulte des travaux préparatoires de la loi du 9 décembre 1905 et de ceux de la loi du 28 décembre 1904 sur les pompes funèbres que l'intention manifeste du législateur a été, spécialement en ce qui concerne les funérailles, **de respecter autant que possible les habitudes et les traditions locales et de n'y porter atteinte que dans la mesure strictement nécessaire au maintien de l'ordre** ». Dans cette affaire, le Conseil d'État ne s'est pas contenté d'examiner le but dans lequel l'autorité municipale avait agi ; il a également vérifié si la décision du maire était bel et bien justifiée²⁷¹. Il ressort clairement de cet arrêt que la Haute juridiction administrative avait à examiner deux types de questions : « **rechercher si cet arrêté porte sur un objet compris dans les attributions de l'autorité municipale** » ; « **apprécier, suivant les circonstances de la cause, si le maire [n'avait] pas, dans l'espèce, fait de ses pouvoirs un usage non autorisé par la loi** ». Une fois sa méthode de travail énoncée, le Conseil d'État l'a mise en œuvre et a conclu : « *qu'il résulte de l'instruction que, dans la ville de Sens, aucun motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre sur la voie publique ne pouvait être invoqué par le maire pour lui permettre de réglementer, dans les conditions fixées par son arrêté, les convois funèbres, et notamment d'interdire aux membres du clergé, revêtus de leurs habits sacerdotaux, d'accompagner à pied ces convois conformément à la tradition locale ; qu'il est au contraire établi par les pièces jointes au dossier, spécialement par la délibération du conseil municipal du 30 juin 1906 visée par l'arrêté attaqué, que les dispositions dont il s'agit ont été dictées par des considérations étrangères à l'objet en vue duquel l'autorité municipale a été chargée de régler le service des inhumations...(annulation)* ».

Et venue ensuite la célèbre décision Benjamin²⁷², par laquelle le Conseil d'État a officiellement fait de la proportionnalité d'une mesure de police, plus particulièrement lorsqu'elle intervenait en matière de libertés publiques, un élément de légalité à part entière de celle-ci²⁷³. Dans cette affaire, la Haute juridiction administrative a annulé l'interdiction d'une réunion par le maire de Nevers, au motif que l'éventualité de troubles, alléguée par ce dernier, « *ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre* ».

²⁷¹ Voir dans ce sens, L. Goldenberg, *Le Conseil d'État, juge du fait*, Dalloz, 1932, précité, p. 252.

²⁷² CE, 19 mai 1933, *Rec.*, p. 541 ; *S.* 1934, III, p. 1, concl. Michel, note Mestre ; *D.* 1933, III, p. 354, concl. Michel ; *GA.J.A.* n° 45.

²⁷³ G. Vedel, *Droit administratif*, 6^{ème} édition 1976, p. 999. Dans la dernière édition de son ouvrage en collaboration avec Pierre Delvolvé, *Droit administratif*, t. II, 12^{ème} édition pp. 699 à 700, le Doyen Vedel utilise le terme de « *nécessité* » à la place « *d'opportunité* ».

À l'époque, l'arrêt *Benjamin* a retenu l'intention d'*Achille Mestre*, qui lui avait consacré une note magistrale parue au recueil Sirey de la même année. L'éminent juriste expliquait le raisonnement du Conseil d'État en ces termes : « *Pour affirmer que l'interdiction de la conférence était pour l'autorité municipale le seul moyen de protéger la commune contre des désordres graves : tout un ensemble d'éléments de fait singulièrement complexes ont dû être envisagés par le juge, certains se référant à un état de choses déjà existant alors que d'autres comportent la prévision d'éventualités. Le juge a dû d'abord se faire une opinion sur l'état d'esprit de la population au moment de la réunion projetée ; il est évident que, suivant les temps et les lieux, les répercussions d'un discours seront très différentes (...)* La même parole qui, dans une période normale, laissera l'auditoire indifférent, agitera peut-être les multitudes dans un temps où les passions sont déchainées et les sensibilités à vif. Il faudra, en outre, que le juge soit renseigné sur l'orateur, la nature de son talent, l'intensité des réactions que sa présence ou ses discours ont pu déjà susciter, sa personnalité réelle ou même légendaire. Ces divers éléments, qui concernent des points de fait préexistants, une fois connus, le juge pourra et devra se faire une opinion sur des faits éventuels il s'agit, pour lui, de prévoir, d'après les résultats de l'instruction, la gravité des troubles que la tenue de la réunion aurait été susceptible de produire. Enfin, confrontant ces désordres avec les moyens normaux que la loi met à la disposition du maire pour les maîtriser, le juge, — et ce sera peut-être la partie la plus ardue de sa tâche, — devra examiner s'ils seront suffisants pour garantir la ville contre l'éventualité de troubles graves. C'est seulement, aux termes du présent arrêt, dans le cas où l'insuffisance des procédés ordinaires de police lui apparaîtrait comme certaine qu'il pourra déclarer valable l'interdiction de la réunion projetée»²⁷⁴. Tel n'était, évidemment, pas le cas dans cette affaire. Cela dit, le maire aurait pu donc garantir l'ordre en recourant à des mesures de police normales suffisantes et autoriser la tenue de la conférence²⁷⁵. Il n'était pas reproché ici au maire d'avoir agi, mais de l'avoir fait d'une façon excessive, disproportionnée, au regard de l'éventuelle menace de trouble à l'ordre public.

Réaffirmé, depuis lors, avec constance pour sanctionner des mesures de police excessives²⁷⁶, le principe posé par la jurisprudence *Benjamin*, ébranlé une fois²⁷⁷, trouve tout

²⁷⁴ A. Mestre, *Sirey* 1935.III, p.3.

²⁷⁵ *Idem.*

²⁷⁶ Telle est par exemple les mesures de polices interdisant, par exemple, d'une façon excessive une réunion (CE, 5 février 1937, *Bujadoux, Rec.*, p. 153 ; CE, 29 juillet 1953, *Damazière, Rec.*, p. 407.), un spectacle (CE, 6 février 2015, *Commune de Cournon d'Auvergne, req.*, n° 387726), le refus par une commune de louer une salle

son sens avec les récentes décisions du Conseil d'État, prises sur le fondement ou en considération de l'état d'urgence²⁷⁸ décrété suite aux terribles attentats parisiens du 13 novembre 2015, en tant qu'instrument de conciliation indispensable entre la nécessité de préserver l'ordre public et le souci de sauvegarder les libertés publiques. C'est ainsi, par exemple, que, la Haute juridiction administrative a, dans son ordonnance du 26 septembre 2016 (*Association de défense des droits de l'homme - Collectif contre l'islamophobie en France*, req., n°403578), suspendu l'exécution de l'arrêté du 24 août 2016 du maire de la commune de Cagnes-sur-Mer (Alpes-Maritimes) portant interdiction d'accès aux plages et de baignade à toute personne n'ayant pas une tenue correcte. Dans l'arrêté attaqué, le maire invoquait les risques de troubles à l'ordre public susceptibles de se produire, compte tenu de l'état de tension révélé, après les attentats de Nice du 14 juillet 2016 et de Saint-Etienne-du-Rouvray du 26 juillet 2016, par l'altercation verbale, survenue le 23 août 2016 sur l'une des plages de la commune, entre une famille, dont deux membres portaient des costumes de bain communément dénommés " burkinis ", et d'autres usagers de la plage. Jugeant irrégulier l'arrêté litigieux, en ce qu'il portait une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale constituée par la liberté d'aller et venir, le Conseil d'État, comme dans l'espèce *Abbé Olivier*, s'est exprimé dans les termes suivants que : « *Si le maire est chargé... du maintien de l'ordre dans la commune, il doit concilier l'accomplissement de sa mission avec le respect des libertés garanties par les lois. Il en résulte que les mesures de police que le*

municipale à un parti politique pour tenir son université d'été (CE, 19 août 2002, *Front national, Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, req., n° 249666) ou à une association pour célébrer une fête religieuse (CE, 23 septembre 2015, *Assoc., des Musulmans de Mantes-Sud*, req., n° 393639), l'arrêté municipal prescrivant l'enlèvement à bref délai de toutes les ruches installées sur un terrain, alors que les inconvénients présentés pour le voisinage par cet élevage d'abeilles pouvaient être évités par des mesures moins rigoureuses (CE, 16 novembre 1977, *Sevin*, req., n° 99162) ou encore celui supprimant tout accès d'un chemin vicinal à une route nationale dès lors que les dangers courus par les usagers de ces deux voies au carrefour formé par leur intersection pouvaient être évités par des mesures moins rigoureuses (CE, 17 mars 1978, *Gaillard et Figini*, req., n° 01508).

²⁷⁷ CE, 9 janvier 2014, *Ministre de l'Intérieur c/ Sté Les productions de la plume, Dieudonné M'Bala M'Bala*, req., n° 374508. Dans cette affaire, le Conseil d'État, tout en réaffirmant que « *l'exercice de la liberté d'expression est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ; qu'il appartient aux autorités chargées de la police administrative de prendre les mesures nécessaires à l'exercice de la liberté de réunion ; que les atteintes portées, pour des exigences d'ordre public, à l'exercice de ces libertés fondamentales doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées* », a, contrairement à la jurisprudence *Benjamin*, validé l'interdiction du spectacle « *Le Mur* » de Dieudonné.

La Haute juridiction administrative a motivé sa décision par des considérations tirées de « *la réalité et la gravité des risques de troubles à l'ordre public mentionnés par l'arrêté litigieux constituant un « risque sérieux que soient de nouveau portées de graves atteintes au respect des valeurs et principes, notamment de dignité de la personne humaine, consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par la tradition républicaine* ».

Voir dans ce sens, à propos de l'interdiction d'un spectacle justifiée par la nécessité du respect de la dignité de la personne humaine : CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, Rec., p. 372.

²⁷⁸ Situation exceptionnelle dont l'administration acquiert, au nom de la nécessité, des pouvoirs importants, essentiellement en matière de police et les règles de compétence et la hiérarchie des normes sont bouleversées, Voir dans ce sens, P.-L. Frier, J. Petit, *Droit administratif*, L.G.D.J 10^{ème} édition, précité, n° 498.

maire d'une commune du littoral édicte en vue de réglementer l'accès à la plage et la pratique de la baignade doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées au regard des seules nécessités de l'ordre public, telles qu'elles découlent des circonstances de temps et de lieu, et compte tenu des exigences qu'impliquent le bon accès au rivage, la sécurité de la baignade ainsi que l'hygiène et la décence sur la plage. Il n'appartient pas au maire de se fonder sur d'autres considérations et les restrictions qu'il apporte aux libertés doivent être justifiées par des risques avérés d'atteinte à l'ordre public ».

Sollicité dans une autre espèce (CE,Sect., 11 décembre 2015, *M C. Domenjoud, Rec.*, n° 395009)²⁷⁹, pour se prononcer sur la légalité de certaines mesures de police prises en application de l'état d'urgence, la Haute juridiction administrative a précisé « *qu'il appartient au Conseil d'État statuant en référé de s'assurer, en l'état de l'instruction devant lui, que l'autorité administrative, opérant la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public, n'a pas porté d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, que ce soit dans son appréciation de la menace que [constituait] le comportement de l'intéressé, compte tenu du péril imminent ou de la calamité publique ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence, ou dans la détermination des modalités de l'assignation à résidence*».

Saisi, dans cette affaire par le Conseil d'État d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) relative à la conformité aux droits et libertés garanties par la Constitution de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence dans sa rédaction résultant de la loi du 20 novembre 2015, le Conseil constitutionnel a précisé, quant à lui, « *que tant la mesure d'assignation à résidence que sa durée, ses conditions d'application et les obligations complémentaires dont elle peut être assortie doivent être justifiées et proportionnées aux raisons ayant motivé la mesure dans les circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence ; que le juge administratif est chargé de s'assurer que cette mesure est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit* »²⁸⁰.

Ayant statué en référé le 22 janvier 2016, la Haute juridiction administrative, affirmant à son tour la nécessité d'un tel contrôle et suspendu pour la première fois une décision

²⁷⁹ A.J.D.A 2016, p. 247, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; ibid. 2015, p. 2404, note M.-Ch. de Montecler.

²⁸⁰ C.c 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*, D.C n° 2015-527 QPC, A.J.D.A 2015, p. 2463, note M.-Ch. de Montecler.

d'assignation à résidence prise par le ministre de l'Intérieur contre une personne accusée d'être liée à la mouvance islamiste radicale (CE, 22 janvier 2016, *M. A*, req., n° 396116)²⁸¹. Lors de l'instruction de cette affaire, le juge des référés a exigé du ministre de l'Intérieur des explications détaillées sur les motifs de la mesure d'assignation et a, par ailleurs, demandé la production de certains documents tels que les photos de M. A. prises par un fonctionnaire de police en faction devant l'immeuble d'une personnalité faisant l'objet d'une protection particulière. Après examen de tous ces éléments, le juge des référés, ayant constaté qu'il n'existait pas de raisons sérieuses de penser que le comportement de M. A. constituait une menace grave pour la sécurité et l'ordre publics –l'intéressé a pu, en effet, justifier de manière cohérente et circonstanciée tous les faits qui lui étaient reprochés dans cette affaire²⁸² –, a jugé que la décision d'assignation à résidence portait une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'aller et venir. Par cette décision, le Conseil d'État vient d'abandonner le contrôle restreint qu'il exerçait jusque-là sur les mesures de police en période exceptionnelle²⁸³.

L'efficacité d'un tel contrôle demeure toutefois très limitée. En effet, les différentes études consacrées aux décisions du juge administratif rendues dans le cadre de l'état d'urgence concluent que ce dernier « *n'était pas toujours le vigilant gardien des libertés publiques qu'il prend être : les recours concernant l'état d'urgence aboutissent rarement, le juge peine à contrôler les documents des services de renseignement ...* »²⁸⁴. Six chercheurs travaillant au Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (Credof) de l'université de Paris-Nanterre ont constaté qu'entre le 14 novembre 2015 et 31 janvier 2017 7 000 mesures administratives avaient été prononcées sur le fondement de l'état d'urgence, dont 753 ont fait l'objet d'un recours devant le juge administratif. Parmi ces recours, seuls 19,7% ont donné lieu à des décisions d'annulation des mesures contestées et ces annulations

²⁸¹ *A.J.D.A* 2016 p.127, note M.-Ch. de Montecler.

²⁸² En effet, le requérant a justifié sa présence aux abords du domicile de la personnalité faisant l'objet d'une protection particulière par une visite rendue à sa mère, qui habite à proximité immédiate. Il est apparu également, au vu des explications fournies par celui-ci aux audiences, que sa position a pu être confondue avec celle d'une personne prenant des photographies, alors qu'il utilisait son téléphone portable en mode " haut-parleur " tenu face au visage afin de pouvoir conserver son casque sur la tête pendant l'arrêt de son scooter à 3 roues pour appeler son épouse qui devait le rejoindre pour se rendre à Paris. La réalité de cet appel téléphonique à l'heure à laquelle il a été observé à proximité du domicile de ladite personnalité a pu être établie par l'intéressé.

²⁸³ CE, Ass., 3 février 1956, *Keddar, Rec.*, p. 46 (absence de contrôle à propos d'une interdiction de séjourner sur l'ensemble du territoire de la Nouvelle-Calédonie) ; CE, 25 juillet 1985, *Dagostani, Rec.*, p. 225, concl., B. Lasserre, *Rev., adm.*, 1985, p. 581, note B. Pacteau ; CE, 14 novembre 2005, *Rolin et Hoffer, Rec.*, p. 499, *A.J.D.A* 2006, p. 501, note P. Christia, *J.C.P A* 2005, n° 1373, note C. Gauthier (contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation).

Voir dans ce sens, B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2016, p. 819 : « *Le juge administratif (...), abandonnant ainsi le contrôle superficiel qu'il exerçait antérieurement, et se démarquant du contrôle de légalité allégué qu'il pratique normalement lorsque l'Administration se trouve confrontée à des périls exceptionnels* ».

²⁸⁴ A. Ch. *État d'urgence : quand les recours n'aboutissent pas ou peu*, *Journal Le monde* 14 octobre 2017.

n'ont souvent été que partielles. Cette étude a également soulevé les difficultés éprouvées par le juge administratif à contrôler les "notes blanches" des services de renseignements ayant justifié les assignations à résidence ou les perquisitions. Le juge « *est "peu équipé" pour remettre en cause ces documents sommaires qui ne portent le plus souvent ni date ni signature. Le contrôle de la justice administrative semble nébuleux. On ne reconnaît ni les standards de précision et de preuve exigés par le juge pour admettre que ces éléments puissent valablement fonder des décisions administratives, ni le standard exigé des requérants pour les réfuter* »²⁸⁵.

²⁸⁵ *Idem.*

B. L'hypothèse d'une sanction disciplinaire (dispositif) examinée selon son adéquation à la gravité de la faute (motifs) commise

Le concept de proportionnalité trouve également toute sa place dans l'examen de la légalité d'une sanction disciplinaire. Toutefois, contrairement au contrôle de la légalité d'une mesure de police administrative, la règle de proportionnalité n'a été intégrée ici que d'une manière progressive. En effet, pendant longtemps, le juge administratif a refusé de contrôler la gravité de la sanction disciplinaire infligée (dispositif) à un agent public, considérée comme une question de pure « *opportunité* »²⁸⁶, échappant par conséquent à sa compétence²⁸⁷. Cette attitude a été dénoncée aussi bien par la doctrine²⁸⁸ que par les membres du Conseil d'État lui-même, à l'instar du commissaire du gouvernement Jean Kahn dans ses conclusions sur l'affaire *Administration générale de l'assistance publique c/ Delle Chevreau* du 22 novembre 1967²⁸⁹.

Il a fallu attendre la décision (de section) *Lebon* du 9 juin 1978 (précitée) pour qu'un premier pas fût franchi dans ce sens par le Conseil d'État en acceptant, pour la première fois, d'examiner s'il n'y avait pas, dans cette affaire, disproportion manifeste entre la sanction de mise à la retraite d'office infligée par le recteur de l'Académie de Toulouse à un agent public (instituteur) et la gravité de la faute (gestes indécents sur des fillettes de sa classe) commise par celui-ci²⁹⁰. Ce faisant, la Haute juridiction administrative a fait sortir « *le choix de la sanction infligée à un agent public de la sphère de l'opportunité administrative* »²⁹¹, mais seulement en cas d'une disproportion manifeste entre la sanction retenue par l'autorité disciplinaire et la faute commise par l'agent public²⁹².

²⁸⁶ CE, Sect., 28 février 1930, *Sieur Remoux*, Rec. p. 226 ; CE, 20 janvier 1932, *Dlle Merlet*, Rec., p.70.

²⁸⁷ À ce propos, la formule de rejet de la requête était souvent la même : « *il n'appartient pas au Conseil d'État statuant au contentieux d'apprécier si l'importance de la sanction prise est en rapport avec les faits qui l'ont provoquée* » (CE, 16 juillet 1947, *Sieur Bensmaïn Ghalem Ben Hadj*, Rec., 319) ; « *il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la gravité [d'une sanction disciplinaire]* » (CE, 22 novembre 1967, *Administration générale de l'assistance publique c/ Delle Chevreau*, D. 1969, p. 51, note J. Mourgeon) ou encore « *le degré de gravité de la sanction, compte tenu des faits reprochés, ne saurait être discuté par la voie contentieuse* » (CE, 1^{er} octobre 1976, *Soucasse*, Rec., p. 386, D. 1977, p. 552, note B. Pacteau).

²⁸⁸ J. Mourgeon, *La répression disciplinaire*, L.G.D.J 1967, s. p. 312. Voir également dans ce sens la note du même auteur sous CE, 22 novembre 1967, *Administration générale de l'assistance publique c/ Delle Chevreau*, D. 1969, p. 51 ; B. Pacteau, les notes sous CE, 1^{er} octobre 1976, *Soucasse*, Rec., p. 386, D. 1977, p. 552 et CE, 9 juin 1978, *Sieur Lebon*, D. 1979, p. 30.

²⁸⁹ *Droit ouvrier* 1968, p.113.

²⁹⁰ « *Considérant, ... que les faits, dont la matérialité est établie par les pièces du dossier, étaient de nature à justifier une sanction disciplinaire ; qu'en prononçant, à raison de ces faits, la sanction de la mise à la retraite d'office du sieur Lebon, le recteur s'est livré à une appréciation qui n'est pas entachée d'erreur manifeste* ».

²⁹¹ M. Guyomar, conclusions sous Sect., 22 juin 2007, *M. Arfi*, Rec., p. 263.

²⁹² CE, 26 juillet 1978, *Vinoley*, Rec., p. 315, J.C.P 1980. II. 19265, note Thouroude. Dans cette affaire, le Conseil d'État a sanctionné, pour erreur manifeste, la révocation du sieur Vinoley qui a été motivée par le défaut

Le principe posé par la jurisprudence *Lebon*, à savoir un contrôle normal (entier) sur les motifs d'une sanction disciplinaire (existence d'une faute de nature à la justifier) et un contrôle restreint (erreur manifeste d'appréciation) sur le dispositif (choix) de celle-ci²⁹³, s'est stabilisé jusqu'à une date assez récente²⁹⁴. En effet, par plusieurs décisions, le Conseil d'État est revenu sur ce principe en décidant d'exercer cette fois-ci un contrôle entier sur le choix (dispositif) même d'une sanction disciplinaire infligée par l'autorité administrative. D'abord, à propos d'une sanction disciplinaire infligée à un professionnel²⁹⁵, puis en ce qui concerne une sanction de même nature infligée à un magistrat du parquet²⁹⁶ ou du siège²⁹⁷, pour finir avec son arrêt d'Assemblée *Dahan* du 13 novembre 2013 (req., n°347704)²⁹⁸, par une extension de cette démarche à l'ensemble des agents publics²⁹⁹. Dans cette dernière affaire, le Conseil d'État a exercé un contrôle entier sur le choix de la sanction disciplinaire (mise à la retraite d'office) infligée par le Président de la République à M. Dahan, ambassadeur, représentant permanent de la France auprès du Conseil de l'Europe à Strasbourg. La Cour administrative d'appel de Nancy a récemment (31 janvier 2017, req., n° 15NC02188) confirmé la décision du tribunal administratif de Strasbourg qui avait exercé, en application de la jurisprudence *Dahan*, un contrôle normal sur la décision du 21 avril 2011 de la commission supérieure d'appel de la Fédération française de football qui avait infligé à M. Erlinger une sanction de suspension ferme de toutes fonctions officielles de cinq ans, avec date d'effet au 8 mars 2011.

Désormais, en cette matière, également, outre les standards traditionnels de la légalité (compétence de l'autorité hiérarchique qui a déclenché les poursuites disciplinaires, règles de

et de rigueur dont il a fait preuve dans la gestion de la SARL Maison du Gers et de l'Armagnac dont il assumait la gérance en sus de ses fonctions de directeur des services de la Chambre d'agriculture et plus particulièrement par le retard apporté par lui dans l'envoi d'un rapport demandé par le trésorier payeur général.

Voir également dans le même sens, CE, 1^{er} décembre 1978, *Dame Cachelièvre*, req., n° 98200, Rec., p. 483 ; CE, 11 mai 1979, *Dupouy*, req., n° 02499, T. pp. 611-781-785 (pas d'erreur manifeste dans cette affaire) ; CE, 7 novembre 1979, *Mme Boury-Nauron*, req., n° 06259, Rec., T. pp. 612-781 ; CE, 12 janvier 2011, *Matelly*, req., n° 338461, Rec., p. 3.

²⁹³ Voir dans ce sens, M. Guyomar, concl., sous Sect., 22 juin 2007, *M. Arfi*, Rec., p. 263, précité : « *L'étendue de votre contrôle s'est un moment stabilisée de la manière suivante : contrôle de qualification juridique sur l'existence d'une faute de nature à justifier une sanction mais contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans le choix de celle-ci* ».

²⁹⁴ CE, Sect., 1^{er} février 2006, *Touzard*, req., n° 271676, Rec., p. 38.

²⁹⁵ CE, Sect., 22 juin 2007, *Arfi*, req., n° 272650, précité.

²⁹⁶ CE, 27 mai 2009, *Hontang*, req., n° 310493.

²⁹⁷ CE, 30 juin 2010, *Mme Ponsard*, req., n° 325319.

²⁹⁸ *A.J.D.A* 2013, p. 2228, ibid. p. 2432, chron. A. Bretonneau et J. Lessi, *D.* 2013 p.2699, obs. M.-C. de Montecler, *A.J.F.P* 2014 p.5, concl. R. Keller, note C. Fortier, *R.F.D.A* 2013 p.1175, concl. R. Keller.

²⁹⁹ Puis avec l'arrêt *M. Boromé* du 1^{er} juin 2015 (req., n° 380449), aux sanctions disciplinaires infligées à un détenu.

forme et de procédure, respect des droits de la défense, exigence de motivation, principe d'impartialité, sanction prononcée devant être prévue par la loi, et, depuis les arrêts *Boisselet*³⁰⁰, *Camino* (précité) et *Gomel* (précité), exactitude matérielle des faits ainsi que de leur qualification juridique³⁰¹) invariablement contrôlés, le juge vérifie « *si la sanction retenue est proportionnée à la gravité [de la faute commise par l'agent public]* »³⁰². Concrètement, le juge va contrôler le bien-fondé de la sanction disciplinaire par rapport aux faits l'ayant justifiée, et cela en se demandant si la mesure retenue par l'autorité disciplinaire n'est pas trop sévère par rapport à la faute commise par l'agent public, si le supérieur hiérarchique n'a pas abusé de son pouvoir disciplinaire, légalement discrétionnaire³⁰³. La légalité de la décision administrative sera établie en établissant un rapport direct de corrélation entre son objet, c'est-à-dire la sanction prononcée, et son motif, c'est-à-dire la faute commise par l'agent. Et à chaque fois que cette corrélation fera défaut, c'est-à-dire que la sanction prononcée, parce que trop sévère, sera inadéquate par rapport à la gravité de la faute commise, le juge prononcera l'annulation de la mesure administrative querellée.

³⁰⁰ CE, 14 janvier 1916, *Rec.*, p. 740.

³⁰¹ Voir dans ce sens pour le contrôle de la qualification juridique des faits des sanctions disciplinaire : CE, 27 janvier 1926, *Nguyen Hem Chank*, *Rec.*, p. 82 ; CE, 17 mai 1933, *Dlle Giroud*, *Rec.*, p. 531.

³⁰² CE, Ass., 13 novembre 2013, *Dahan*, précité.

³⁰³ Wei Teng-Lin, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le contrôle juridictionnel en droit français*, thèse Lyon 1944, précité, p. 112.

§2. La proportionnalité appréciée sous l'angle de l'équilibre entre l'actif et le passif d'une décision administrative : la théorie dite du « bilan avantages/inconvénients »

Dans cette seconde hypothèse, la légalité de l'action administrative dépendra de l'équilibre existant entre, d'un côté, son actif, représenté par ses avantages, et, de l'autre son passif, représenté par ses inconvénients de toute nature³⁰⁴. Ainsi, le contrôle de légalité consistera à s'assurer par un bilan comparatif entre les différents intérêts en présence, de la nécessité d'une décision administrative, en fonction de la situation de fait et de la nature du but poursuivi par l'autorité administrative.

C'est dans le contentieux de l'expropriation, et plus précisément dans la décision d'Assemblée *Ministre de l'équipement du logement contre Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville-Nouvelle Est »* du 28 mai 1971³⁰⁵, qu'a été utilisée pour la première fois la méthode (théorie) dite « du bilan avantages/inconvénients » pour apprécier la légalité d'un acte administratif. Il était question dans cette affaire de la légalité de l'arrêté du ministre de l'Équipement du 3 avril 1968 déclarant d'utilité publique le projet d'aménagement à l'est de Lille, décidé par le gouvernement en 1966, dans le cadre de sa politique des « villes nouvelles ». Ce projet comportait d'une part la création d'une ville nouvelle de plus de 20 000 habitants, d'autre part l'aménagement d'un campus universitaire destiné à accueillir 30 000 étudiants, le tout sur une surface de 500 hectares. La réalisation de ce projet nécessitait l'expropriation et la démolition de quatre-vingt-huit immeubles (250 dans sa version initiale), dont certains venaient à peine d'être achevés³⁰⁶, d'où la contestation devant le juge de l'excès de pouvoir de cet arrêté par la Fédération de défense des personnes concernées. Plusieurs moyens d'annulation ont été invoqués par la fédération requérante, mais le plus important, qui, selon le commissaire de gouvernement Braibant, avait « motivé le renvoi de l'affaire devant l'assemblée », était celui invitant le juge de l'excès de pouvoir à contrôler *in concreto* l'utilité publique du projet³⁰⁷. En effet, selon la fédération demanderesse, la destruction d'une centaine de logements, qui était

³⁰⁴ Voir dans ce sens, J.-P. Costa, *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État*, A.J.D.A 1988, p.434, s. p. 436.

³⁰⁵ *Rec.* 409, concl., Braibant, A.J.D.A 1971 p.404, chr. Labetoulle et Cabanes et p.463, concl. Braibant, R.A 1971p.422, concl. Braibant, CJEG 1972. J.38, note Virole ; D. 1972 p.194, note Lemasurier, JCP 1971.II.16873, note Homont, R.D.P 1972 p.454, note Waline, précité.

³⁰⁶ J. Morand-Deville, *Cours de droit administratif des biens*, L.G.D.J, 9^{ème} édition, p. 414.

³⁰⁷ M. Waline, *L'appréciation, par le juge administratif de l'utilité du projet*, note sous CE, Ass. 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement du logement contre Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville Nouvelle Est »* R.D.P. 1972, précité, p.589.

évitable à ses yeux, constituait un prix trop élevé pour l'opération projetée. Elle estimait, en conséquence, qu'une modification du projet (déplacement de la route d'une trentaine de mètres), permettrait d'épargner encore près de quatre-vingts bâtiments.

À s'en tenir à l'état de la jurisprudence de l'époque, le Conseil d'État aurait pu rester fidèle à sa normalité de contrôle en la matière et dire « *in abstracto* » si l'opération projetée « *était au nombre de celles qui pouvaient justifier une déclaration d'utilité publique* »³⁰⁸. Concrètement, cela signifie que, la Haute juridiction administrative aurait pu se contenter d'un contrôle « *partiel* »³⁰⁹ du projet envisagée par le ministre de l'équipement, en vérifiant simplement la compatibilité des motifs de fait, pris « *in abstracto* », avec la règle de droit applicable, sans tenir compte des circonstances particulières de l'espèce en question³¹⁰.

Rappelons en effet que, jusqu'en 1971, le contrôle opéré par le juge de l'excès de pouvoir sur la déclaration d'utilité publique se situait « *le plus souvent à un niveau abstrait et général* »³¹¹, en ce sens que le juge se bornait à constater que l'opération envisagée (motif de fait) était « *en elle-même, in abstracto, d'utilité publique, sans rechercher si elle correspondait en l'espèce à un besoin spécifique et concret* »³¹². Le contexte de l'affaire ou encore l'utilité concrète de l'opération projetée ont ainsi souvent été considérés comme une question d'opportunité, relevant de l'appréciation discrétionnaire de l'administration, ne pouvant en conséquence être discutée au contentieux devant le juge de l'excès de pouvoir³¹³. Les formules de rejet des moyens tendant à ramener le contrôle du juge de l'excès de pouvoir sur un terrain autre que celui de la légalité sont souvent les mêmes : « *l'opportunité de [l'opération] ne saurait être discutée devant le juge de l'excès de pouvoir* »³¹⁴, « *le juge ne saurait apprécier l'opportunité de l'opération envisagée* »³¹⁵, « *les circonstances, alléguées par les requérants, que l'opération poursuivie...ne serait pas suffisamment justifiée par les besoins de la population ...ne saurait être utilement invoquées devant le juge de l'excès de*

³⁰⁸ *Idem.*

³⁰⁹ Terme utilisé par J. Raux, *L'examen des faits par le juge administratif dans le contrôle de la légalité interne de la procédure d'expropriation*, A.J.D.A 1967, p. 197, s. p. 198.

³¹⁰ J. Raux, *L'examen des faits par le juge administratif dans le contrôle de la légalité interne de la procédure d'expropriation*, A.J.D.A 1967, précité, s. p. 198.

³¹¹ P. Weil, obs., sous, TA de Nice, 17 février 1965, *Département de la Corse*, A.J.D.A, 1965. II.-J, n° 101, p. 308.

³¹² G. Braibant, conclusions sous arrêt « *Ville Nouvelle Est* », précité.

³¹³ Voir dans ce sens, G. Braibant, conclusions, précitées ; J. Raux, *L'examen des faits par le juge administratif dans le contrôle de la légalité interne de la procédure d'expropriation*, A.J.D.A 1967, précité, s. p. 199.

³¹⁴ CE, Ass., 30 juin 1961, *Groupement de défense des riverains de la route de l'intérieur* du 30 juin 1961, A.J.D.A 1961 p.646, concl. Kahn. Voir également dans ce sens, CE, 7 décembre 1960, *Groupement des habitants de Saint-Jacques du Nord*, *Rec.*, p. 674 ; CE, 23 octobre 1963, *Dame veuve Musy*, A.J.D.A 1964, p. 175.

³¹⁵ CE, 18 janvier 1963, *Sieur Truffaut*, *Rec.*, p. 33.

pouvoir »³¹⁶ ou encore « les critiques ... portant notamment sur le choix des terrains et la localisation prévue des ouvrages ont trait à l'opportunité des opérations envisagées et ne sauraient, dès lors, être discutées devant le juge administratif »³¹⁷. À cet égard et sur le plan de la garantie des droits des administrés expropriés, le recours pour excès de pouvoir était de portée limitée. Le professeur *Jeanne Lemasurier*, dans sa contribution aux mélanges offerts à *Marcel Waline*, faisait état d'une « carence notoire du contrôle juridictionnel »³¹⁸ en la matière. En effet, le recours pour excès de pouvoir ne permettait d'obtenir l'annulation de déclarations d'utilité publique que dans les hypothèses assez rares de détournement de pouvoir³¹⁹. L'utilité publique était un concept en soi « absolu »³²⁰, visant toute opération correspondant peu ou prou à un intérêt général³²¹.

Dans l'espèce « *Ville Nouvelle-Est* », il aurait donc été parfaitement compréhensible que le Conseil d'État, qui a toujours préféré s'en tenir à une approche strictement abstraite de l'utilité publique (conception traditionnelle de la légalité), écartât le moyen tiré de l'utilité du projet³²², étant donné que celui-ci soulevait la question du choix opéré par l'administration active, « une affaire d'opportunité, qui ne [pouvait] être discutée devant le juge de l'excès de pouvoir »³²³.

Telle n'a pas été la solution retenue par le Conseil d'État dans cette affaire.

Dans le prolongement d'arrêts annonciateurs³²⁴, la Haute juridiction administrative définit en effet pour la première fois en ces termes, –systématiquement repris en matière

³¹⁶ CE, 13 mai 1964, *Malby et Bédouet*, A.J.D.A 1965, p. 35, précité.

³¹⁷ CE, 27 février 1970, *Chenu, Rec.*, p. 148.

³¹⁸ J. Lemasurier, *Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe « bilan-coût-avantages »*, in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Walines*, L.G.D.J 1974, T. 2, p.555.

³¹⁹ CE, 10 janvier 1958, *Bo et autres*, A.J.D.A 1958.II. p.128 ; CE, 20 octobre 1961, *White, Rec.*, p. 1063 (expropriation dans le but de revendre plus tard une partie du bien exproprié afin de tirer profit de celui-ci) ; CE, 4 mars 1964, *Vve Borderie, Rec.*, p. 157 (expropriation pour satisfaire un intérêt privé) ; CE, 6 janvier 1967, *Boucher, Rec.*, p. 827 (expropriation pour faire à l'acquisition d'un château par une personne étrangère à la région).

³²⁰ Liet-Veaux, notes sous CE, 23 octobre 1963, *Dame veuve Musy*, RA 1963, p.461.

Voir également dans ce sens, R. Chapus, *Droit administratif général, Montchrestien*, T. II, 15^{ème} édition, n° 904 : « C'est à une conception "absolue" de cette utilité qu'il (le juge) se référerait ».

³²¹ D. Labetoule, P. Cabanes, chron. A.J.D.A 1971, p. 405, précité.

³²² Voir dans ce sens, CE, Ass., 30 juin 1961, *Groupement de défense des riverains de la route de l'Intérieur Rec.*, p. 452 ; CE, 27 février 1970, *Chenu, Rec.*, p. 148.

³²³ Braibant, conclusion, précité.

³²⁴ CE, 10 janvier 1958, *Bo et autres*, A.J.D.A 1958.II. p.128, observation, J.G, précité. Dans cette affaire, le conseil d'État a contrôlé en fonction des circonstances de l'affaire, « *in concreto* » la compatibilité de l'aménagement d'un hippodrome avec la notion d'utilité publique ; CE, 27 mai 1964, *Groupement de défense de l'îlot de Firminy-Centre, Rec.*, p. 229. Cet arrêt constitue une première exception à la volonté explicite du juge de l'excès de pouvoir de ne pas discuter de l'opportunité de l'utilité de l'expropriation, en analysant « concrètement

d'expropriation –, la notion d'utilité publique : « ...une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique, que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente »³²⁵.

Proche du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation³²⁶, en ce qu'elle a pour objet de censurer des opérations dont les inconvénients sont manifestement disproportionnés par rapport à leurs avantages³²⁷, la théorie du bilan, élaborée il y a plus de trente-six ans, a marqué une étape importante dans le contentieux de l'expropriation en particulier, et dans celui de l'excès de pouvoir en général. Désormais, l'utilité publique d'une opération³²⁸ ne sera plus appréciée *in abstracto*, en vérifiant simplement la compatibilité de l'acte déclaratif de celle-ci aux normes qui lui étaient supérieures (approche strictement abstraite de la légalité), mais *in concreto*, en mettant en balance, d'un côté, son actif, représenté par ses avantages, et, de l'autre, son passif, représenté par ses inconvénients de toute nature³²⁹ (approche concrète de la

la situation présente » dans cette affaire afin de pouvoir apprécier la nécessité d'une rénovation de l'Ilot de la place du centre à Firminy; CE, 15 mars 1968, *Commune de Cassis, Rec.*, p. 189 ; CE, 23 janv. 1970, *Epoux Neel, Rec.*, p. 44, *A.J.D.A* 1970, p. 298, note Homont.

Voir dans ce sens, J. Raux, *L'examen des faits par le juge administratif dans le contrôle de la légalité interne de la procédure d'expropriation*, *A.J.D.A* 1967, s. pp. 200 à 201 ; R. Chapus, *Droit administratif général*, T. 2, précité, n° 905.

³²⁵ La formulation de la jurisprudence Ville Nouvelle Est a depuis été enrichie par le Conseil d'État. Ainsi, on peut lire récemment, par exemple, « qu'il appartient au juge, lorsqu'il doit se prononcer sur le caractère d'utilité publique d'une opération nécessitant l'expropriation d'immeubles ou de droits réels immobiliers, de contrôler successivement qu'elle répond à une finalité d'intérêt général, que l'expropriant n'était pas en mesure de réaliser l'opération dans des conditions équivalentes sans recourir à l'expropriation, notamment en utilisant des biens se trouvant dans son patrimoine et, enfin, que les atteintes à la propriété privée, le coût financier et, le cas échéant, les inconvénients d'ordre social ou économique que comporte l'opération ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente » (CE, 19 octobre 2012, *Commune Levallois-Perret*, req. n° 343070, *A.J.D.A* 2012, p.1982, obs. Yves Jégouzo, *R.D.I* 2012, p.617, obs. R. Hostiou).

³²⁶ Voir également dans ce sens, J.-M. Auby, P. Bon, J.-B. Auby, Ph. Terneyre, *Droit administratif des biens*, *Dalloz*, 6^{ème} édition, p. 611 ; M. Rougevin Baville, concl. Sur CE, 19 octobre 1979, *Association pour la sauvegarde du Pays de Rhuys*, *A.J.D.A* 1980, p. 111.

³²⁷ « Ce qui importe, disait le commissaire de gouvernement Braibant, c'est que votre contrôle permette de censurer des décisions arbitraires, déraisonnables ou mal étudiées », conclusions, précitées.

³²⁸ On présume bien sûr et avant tout que le but de cette opération est, en lui-même, d'utilité publique et qu'il était nécessaire de recourir à l'expropriation envisagée pour réaliser cette opération : par exemple, en vérifiant que l'administration ne possédait pas des terrains lui permettant de réaliser l'opération envisager (CE, 20 novembre 1974, *Epoux Thony, Rec.*, p. 1009. Voir dans ce sens, P. Dondoux, concl., sous CE, 29 juin 1979, *Ministre de l'Intérieur c/Mlardel, Rec.*, p. 299.

³²⁹ Parmi ces inconvénients on peut citer, par exemple, les atteintes à la propriété privée (CE, 7 octobre 1994, *Commune de Saint-Etienne, Rec.*, p. 982), les atteintes à d'autres intérêts publics (CE, Ass., 20 octobre 1972, *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption, A.J.D.A* 1972, p. 590), le coût financier de l'opération (arrêt Ville Nouvelle Est (précité) ; CE, Sect., 26 octobre 1973, *Grasin, Rec.*, p. 598 ; CE, Ass., 28 mars 1997, *Association contre le projet d'autoroute transchablaisienne, Rec.*, p. 120 (en l'espèce 400 millions d'euros pour 40km)), les inconvénients d'ordre économique (CE, 25 juillet 1975, *Syndicat des marins pêcheurs de Brest, Rev. Env.* 1976 p.63) ou social (CE, 27 mars 1992, *Comité de défense des riverains du tronc commun A4-A 86 et autres Rec.*, p.136), les atteintes à environnement (CE, 11 janvier 1980, *Société civile du groupement foncier agricole des falaises de Flamanville, Rec.*, p. 8 ; CE, 17 mars 2010, *Alsace nature environnement, req.*, n° 314114, *BJCL*

légalité). Le résultat de cette comparaison ne devrait pas aboutir à un bilan négatif, c'est-à-dire à des inconvénients hors de la proportion avec l'intérêt présenté l'opération envisagée par l'autorité administrative. Ainsi, le juge ne peut désormais donner « *le feu vert [au projet] que si le solde de l'opération lui apparaît, tout comptes faits, positif* »³³⁰.

Dans l'espèce Ville Nouvelle-Est, il était question d'une pesée entre, d'un côté, les avantages de la création d'un axe routier central dans un ensemble qui devait comprendre une ville nouvelle de vingt mille habitants et un complexe universitaire de trente mille étudiants et, de l'autre, ses inconvénients, représentés par son coût financier, mais aussi par son « *coût social* »³³¹ (démolition de quatre-vingt-huit immeubles, dont certains d'entre eux venaient d'être construits). Cette mise en balance a révélé un bilan positif au profit de l'opération entreprise par le ministre de l'équipement, ce qui a conduit le Conseil d'État à annuler en ces termes la décision du tribunal administratif de Lille en date du 30 juillet 1969 ayant satisfait la demande en annulation de la fédération requérante : « *...compte tenu de l'importance de l'ensemble du projet, dit l'arrêt, la circonstance que son exécution implique que disparaissent une centaine de maisons d'habitation n'est pas de nature à retirer à l'opération son caractère d'utilité publique...* ».

Dans une autre espèce (CE, Ass., 20 octobre 1972, *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*, *Rec.*, p. 657, *R.D.P* 1973, p. 843, *AJ.D.A* 1972, p. 576, *chron.*, Cabanes et Léger, *J.C.P* 1973.II. 17470), le Conseil d'État a dû peser avec soin d'une part, les avantages du projet de construction d'une autoroute urbaine au nord de Nice (autoroute devant relier la Provence à l'Italie, en contournant l'agglomération niçoise) ainsi que d'un échangeur et d'une bretelle de raccordement, et, d'autre part, les inconvénients que cette opération étaient susceptibles d'entraîner pour fonctionnement de l'hôpital psychiatrique Sainte-Marie. Cette comparaison a fait sortir cette fois-là un bilan négatif de l'opération déclarée d'utilité publique par le Premier ministre. En effet, l'existence de la bretelle de raccordement et le fonctionnement de l'ouvrage dans les conditions prévues à la date du décret attaqué étaient de nature à nuire gravement aux conditions d'hospitalisation des malades. Par ailleurs, l'édification de l'échangeur destiné au raccordement au réseau routier vers Nice aurait

2010, p. 170, concl. C. Roger-Lacan et obs. M. G. RJ envi. 2010, p. 485, note R. Hostiou), les atteintes à des exploitations agricoles (CE, 26 novembre 1993, *Commune de Gousse*, req., n°114389) ou tout simplement « les divers autres inconvénients que l'opération comporte » (CE, 21 février 1975, *Mamet*, *Rec.*, p. 149 ; CE, 22 décembre 1978, *Dame Leydet*, *Rec.*, p. 843).

³³⁰ M. Waline, note sous arrêt *Ville Nouvelle-Est*, *R.D.P* 1973, p. 454, s. p. 558, précité.

³³¹ Terme utilisé par le commissaire de gouvernement Braibant.

entraîné l'expropriation de tous les espaces verts de l'hôpital, dont le nombre de malades accueillis excédait déjà largement la capacité réglementaire. Dans ces conditions, le Conseil d'État a jugé que « *malgré l'intérêt pour la circulation routière que présenteraient les deux ouvrages en cause, la société requérante [était] fondée à soutenir que les troubles graves qu'entraîneraient leur existence et leur fonctionnement pour le traitement des malades mentaux du département des Alpes-Maritimes porteraient à l'intérêt général une atteinte qui a pour effet d'entacher d'illégalité la déclaration d'utilité publique de la bretelle de raccordement... annulation* ». Cette décision est, comme l'a fait remarquer le Professeur Jacqueline Morand-Deville, importante à un double titre : d'une part, c'est la première fois que le contrôle de proportionnalité conduit à l'annulation d'une déclaration d'utilité publique, d'autre part, le considérant de principe s'enrichit de la prise en compte, à côté des atteintes à la propriété privée, du coût social, du coût financier et de « *l'atteinte à d'autres intérêts publics* »³³².

D'autres intérêts, notamment la protection de l'environnement³³³, sont, depuis, venus enrichir la formulation de l'arrêt Ville Nouvelle-Est. Ainsi, on peut lire, par exemple, dans un arrêt récent, « *qu'une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier, les inconvénients d'ordre social, la mise en cause de la protection et de la valorisation de l'environnement, et l'atteinte éventuelle à d'autres intérêts publics qu'elle comporte, ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente* »³³⁴.

S'il demeure aujourd'hui très difficile de tracer un cadre général capable d'englober avec suffisamment de cohérence toutes les solutions jurisprudentielles en matière d'expropriation, un constat s'impose souvent : les annulations pour bilan négatif concernent le plus souvent des opérations de faible importance³³⁵.

³³² *Droit administratif des biens*, précité, p. 451.

³³³ CE, 26 mars 1980, *Vve Beau de Loménie*, *Rec.*, p. 171 ; CE, 11 mars 1996, *Ministre de l'Équipement, Logement, Transport et Mer c/Mme Rossi*, *Rec.*, p. 72 ; CE, 21 juin 1999, *Commune de la Courneuve*, req., n°179612 ; CE, 19 mars 2003, *M. Ferrand*, req., n°238665 ; CE, 22 octobre 2003, *Association SOS Rivières et environnement*, req., n° 231953 (dans cette espèce le bilan était positif) ; CE, 10 juillet 2006, *Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix, des lacs et sites du Verdon et autres*, *Rec.*, p. 332, *R.F.D.A.* 2006 p.990, note M.-F. Delhoste, *R.D.I.* 2006, p. 370, note L. Fonbaustier. Voir dans ce sens, J. Morand-Deville, *Droit administratif des biens*, précité, p. 456.

³³⁴ CE, 17 mars 2010, *Alsace nature environnement*, req., n° 314114, *BJCL* 2010, p. 170, concl. C. Roger-Lacan et obs. M. G. R.J. env. 2010, p. 485, note R. Hostiou, précité.

³³⁵ Tel est par exemple la création d'un aérodrome de catégorie D sur le territoire d'une commune de 1.100 habitants (CE, Sec. 26 octobre 1973 *Grassin*, *A.J.D.A.* 1974 p.34, concl., A. Bernard, note J.K) ou encore la

En effet, à l'exception de quelques espèces³³⁶, lorsqu'il s'agit de grands projets nationaux, tels que la réalisation d'autoroutes³³⁷, de ligne à grande vitesse³³⁸, de centrales nucléaires³³⁹ ou encore l'extension d'un aéroport³⁴⁰, « *le bilan est presque automatiquement considéré comme positif en dépit des inconvénients, souvent importants, que présente l'opération envisagée* »³⁴¹. Cela dit, « *établir le bilan coûts-avantages d'un projet d'envergure déterminé n'a guère de sens, tant l'intérêt dont il est, par hypothèse, porteur, garantit l'existence d'un solde positif. Ce contrôle intrinsèque de l'utilité publique de l'opération est vain* »³⁴².

Face à ce constat, la doctrine, à l'instar du Professeur Bertrand Seiller, suggère une nouvelle technique de contrôle dite « *contrôle de légalité extrinsèque* »³⁴³. Cette méthode

création d'un parc de stationnement destiné à recevoir au plus une cinquantaine de véhicules alors qu'il existe à proximité d'autres aires de stationnement d'une plus grande capacité (CE, 2 octobre 1991, *Ville de Honfleur*, req., n° 75872). Voir dans le même sens CE, 25 novembre 1988, *Perez*, Rec., p. 428 : à propos de la création d'une place publique dans un petite commune où ils existent déjà de nombreux espaces verts.

³³⁶ CE, 28 mars 1997, *Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne et autres*, Rec., p. 120, A.J.D.A 1997, p. 545, obs. P. Chrestia, R.D.I 1997, p. 212, obs. C. Morel et M. Denis-Linton, R.F.D.A 1997, p. 748, note F. Rouvillois, R.D.P, 1997, p. 1433, note J. Waline ; CE, 22 octobre 2003, *Association SOS Rivières et environnement*, req., n° 231953 ; CE, 10 juillet 2006, *Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix, des lacs et sites du Verdon et autres*, Rec., p. 332, R.F.D.A 2006 p.990, note M.-F. Delhoste, RDI 2006, p. 370, note L. Fonbaustier, précité ; CE, 15 avril 2016, *Fédération nationale des associations des usagers des transports*, req., n° 387475, A.J.D.A 2016, p.749, R.F.D.A 2016, p.519, note P. Bon.

³³⁷ CE, 28 mars 1997, *M. de Malafosse et autres*, Dr. adm. 1997, n° 170, R.F.D.A 1997, p. 656 ; CE, Ass., 13 novembre 1998, *Association de défense des riverains du projet d'autoroute A20, Brive-Montauban*, R.F.D.A 1999, p. 241 ; CE, 7 février 2003, *Société Rungis Delta*, req., n°228883 ; CE, 21 mai 2008, *Fédération SEPANSO*, Dr. adm. 2008, comm. n° 98, note Maim-Gesbert ; CE, 17 mars 2010, *Alsace Nature*, Rec., p. 672.

³³⁸ CE, 23 janvier 1985, *Comité de défense opposé à toutes lignes nouvelles de TGV*, req., n°61051 ; CE, 3 décembre 1990, *Ville d'Amiens*, Rec., p. 344 ; CE, 17 novembre 1995, *Union juridique Rhône-Méditerranée*, Rec., p. 412 ; CE, 28 mars 2011, *Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil-du-Poitou et Migné-Auxances*, Rec., p. 967.

³³⁹ CE, 4 mai 1979, *Département de la Savoie*, Rec., p. 185 ; CE, 2 mars 1982, *Comité régional de défense antinucléaire du Rhône*, R.D.P 1983, p. 1682 ; CE, 10 décembre 1982, *Comité régional de lutte antinucléaire de Basse-Normandie, La Hague*, req., n° 25946 ; CE, 7 juin 1985, *Commune de Chooz*, Dr. adm. 1985, n° 363 ; CE, 16 octobre 1991, *Société pour la protection de la nature et de l'environnement du département de la Vienne*, R.D.P 1992, p. 1218, obs., Gohin.

³⁴⁰ CE, 29 avril 1998, *Commune de Gonesse*, Rec., p. 965 ; CE, 17 octobre 2013, *Collectif des élus qui doutent de la pertinence de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes*, A.J.D.A 2013, p. 2564, note R. Hostiou.

Voir également dans ce sens, CE, Ass., 29 avril 1994, *Association Unimate 65*, Rec., p. 203 (à propos de l'installation de la ligne à haute tension pour l'interconnexion des réseaux français et espagnol) ; CE, 25 juillet 1986, *Giro de l'Ain*, Rec., p. 566 (à de la réalisation d'un accélérateur de particules du CERN) ; CE, 1^{er} juillet 1991, *Dupont*, R.D.P 1992, p. 1219 (construction du Pont de Normandie). Voir pour toutes ces jurisprudences R. Chapus, *Droit administratif général*, T. 2, précité, n° 911.

³⁴¹ P. Bon, *La ligne à grande vitesse Poitiers-Limoges : insuffisance d'évaluation et absence d'utilité publique*, note sous CE, 15 avril 2016, *Fédération nationale des associations des usagers des transports*, R.F.D.A 2016, p.519, précité.

³⁴² B. Seiller, *Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique*, A.J.D.A 2003, p. 1472.

³⁴³ Idem. Voir également dans ce sens, Daniel Labetoulle, conclusions sous CE, 20 novembre 1974, *Epoux Thony*, Rec. p. 1009 : « *Vous avez posé une règle en 1971 en disant qu'il doit y avoir un équilibre entre avantages et inconvénients ; vous pourriez en poser une nouvelle en prolongeant la précédente, en disant que cet équilibre doit être le meilleur possible* » ; R. Hostiou, *Théorie du bilan et contrôle de légalité "extrinsèque" de la déclaration d'utilité publique*, in *Perspectives du droit public, Mélanges J.-Cl. Hélin, Litec*, 2004, p.355.

suppose non pas une « *pesée classique* » des avantages et des inconvénients d'une seule et même décision administrative, mais une « *pesée autonome* »³⁴⁴ de deux solutions possibles, et dont une seule est retenue par l'autorité administrative, afin de déterminer laquelle des deux présentes le meilleur bilan. Concrètement, il s'agit pour le juge de rechercher « *l'acte le mieux adapté aux circonstances de droit et de fait. La décision en litige [sera] examinée non plus en elle-même - intrinsèquement - mais relativement à d'autres – extrinsèquement* »³⁴⁵.

En dépit des développements technologiques permettant aujourd'hui de mesurer de manière de plus en plus efficace les avantages et inconvénients des différentes manières de réaliser une opération et de déceler ainsi le meilleur bilan possible³⁴⁶, le Conseil d'État refuse de s'engager dans un tel contrôle, en estimant que le choix entre les diverses alternatives de la réalisation d'un projet est une question d'opportunité ne pouvant, en conséquence, être discutée au contentieux devant le juge de l'excès de pouvoir³⁴⁷.

La technique du bilan, en tant qu'instrument de contrôle juridictionnel des décisions administratives, a, depuis, connu des développements en dehors du contentieux de l'expropriation, dans des domaines tels que le droit l'urbanisme et de l'aménagement³⁴⁸ ou le droit du travail³⁴⁹, et a aussi et surtout été intégré dans le raisonnement du juge quasiment dans toutes les étapes du jugement de la légalité d'une décision administrative³⁵⁰.

³⁴⁴ X. Domino A. Bretonneau, *Principe de précaution et théorie du bilan : mille plateaux*, A.J.D.A 2013, p.1046.

³⁴⁵ B. Seiller, *Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique*, A.J.D.A 2003, p. 1472.

³⁴⁶ Y. Jegouzo, *Le juge administratif et l'ordonnancement du droit de l'environnement*, R. J. E 2004, n°. spécial, p. 19.

³⁴⁷ CE, 23 octobre 2009, *M. A. req.*, n° 322327 ; CE, 13 décembre 2002, *Association pour la sauvegarde de l'environnement et la promotion de Saint-Léger-en-Bray, Commune d'Allonne et autres*, A.J.D.A 2003, p. 1048, note Laurence Dardalhon ; CE, 6 juillet 1992, *Association pour la protection et la mise en valeur des sites des bords de Loire et autres, Rec.*, p. 1036 ; CE, 17 mars 1994, *Mme Ploquin*, req. n° 77342 ; CE, 23 mars 1998, *Ville de Château-Thierry*, req. n° 181344.

³⁴⁸ Voir dans ce sens : CE, Ass., 18 juillet 1973, *Ville de Limoges, Rec.*, p. 530, *R.D.P* 1974, p. 259, note Waline, p. 559, concl. Rougevin-Baville, A.J.D.A 1973, p. 480, chron. de juris. Cabanes et Léger, à propos des dérogations aux règles d'urbanisme ; CE, Sect., 30 octobre 1992, *Ministre des affaires étrangères et secrétaire d'État aux grands travaux c/ Association de sauvegarde du site Alma Champ de Mars*, req., n°140220, à propos de la modification d'un plan communal d'occupation des sols ; CE, Ass., 24 janvier 1975, *Gorlier et Bonnifay, Rec.*, p. 54, à propos des servitudes nécessaires à l'établissement du tracé de lignes électriques ; CE, 5 mai 1993, *Association de défense des riverains de l'aéroport de Deauville-Saint-Gatien, Rec.*, p. 1057, à propos de l'approbation d'un plan de servitudes aéronautiques, CE, Sect., 8 juillet 1977, *Dame Rié, Rec.*, p. 317, concl. M. Gentot, à propos de l'institution d'une zone de protection autour d'un site classé.

³⁴⁹ CE, Ass., 5 mai 1976, *SAFER d'Auvergne et ministre de l'Agriculture c./Bernette, Rec.*, p. 232, en ce qui concerne les décisions de licenciement de salariés protégés. Voir dans ce sens, pour le domaine sportif (CE, Sect., 16 mars 1984, *Broadie, Rec.*, p. 118, à propos des décisions refusant l'accès à une compétition sportive) ou encore le domaine commercial (CE, 27 avril 1988, *Société Bernard Carant, Rec.*, p. 171, concernant la décision suspendant la commercialisation d'un produit ; CE, Ass., 27 mai 2002, *SA Guimatho*, A.J.D.A 2002, p. 702 ; CE, 25 octobre 2004, *Union des métiers et des industries de l'hôtellerie du Morbihan*, A.J.D.A 2005, p. 108 ;

Section 2. L'utilisation critiquable de la règle de proportionnalité comme instrument de contrôle de l'excès de pouvoir

Visant à apprécier l'opportunité d'un acte administratif, l'emploi du contrôle de proportionnalité comme instrument de contrôle de l'excès de pouvoir ne va pas sans soulever le délicat problème de l'étendue du pouvoir de contrôle du juge administratif et pose également la question de la nature subjective de ce contrôle.

Notre propos n'est pas de condamner les évolutions de l'office du juge administratif en la matière, et encore moins de refuser toute idée de renouvellement du contrôle juridictionnel de l'administration. Qu'il nous soit seulement permis de souligner ici qu'en faisant de la proportionnalité d'une décision administrative un élément de légalité de celle-ci, le juge non seulement réduit, pour ne pas dire efface « *la frontière entre la légalité et l'opportunité* »³⁵¹ dans l'examen de l'excès de pouvoir, ce qui a, par ailleurs, pour effet de renforcer son pouvoir normatif, rend son contrôle juridictionnel incertain voire aléatoire.

CE, 11 février 2004, *Conseil national des professions de l'automobile*, A.J.D.A 2004, p. 997, à propos des autorisations d'exploitation commerciale délivrées par les commissions d'équipement commercial)

³⁵⁰ D'abord, en amont, en ce qui concerne le jugement en urgence d'une décision administrative, mais également en aval, pour apprécier d'une façon plus concrète les retombées effets de ses jugements d'annulation. Nous allons revenir sur ces hypothèses avec davantage de développements dans la suite de notre recherche.

³⁵¹ Ch. Pabescq, *De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir*, R.D.P 1980, p. 803.

A. L'utilisation de la règle de proportionnalité confine à un pouvoir hiérarchique

Qu'il s'agisse d'apprécier la légalité d'une mesure de police, d'une sanction disciplinaire ou encore d'une déclaration d'utilité publique, l'utilisation par le juge de l'excès de pouvoir de la règle de proportionnalité comme norme de référence dans l'examen de la légalité d'une décision administrative confine incontestablement à un pouvoir hiérarchique. En effet, dans de telles hypothèses, le juge se reconnaît non seulement le pouvoir de vérifier la matérialité des faits (trouble à l'ordre public, faute disciplinaire, utilité publique d'un projet, etc.) ayant motivé l'action administrative et leur qualification juridique (Un tel fait est-il réellement une menace pour l'ordre public ? Tel manquement aux obligations du service public constitue-t-il une faute disciplinaire répressible ?, etc.), mais aussi et surtout apprécie l'opportunité pour l'administration d'agir ou de moduler librement le contenu de sa décision en présence d'une situation de fait donnée, c'est-à-dire, le bien-fondé ou l'utilité de la décision attaquée.

Ce type de contrôle, quand bien même il serait exercé « *avec tact et mesure* »³⁵², est semblable à celui qu'exercerait un supérieur hiérarchique à l'égard de ses subordonnés. Dans sa note sous l'arrêt Ville Nouvelle-Est, Marcel Waline parlait d'ailleurs du juge administratif comme « *un administrateur* » ou encore d'un « *supérieur hiérarchique du ministre* » et est même allé jusqu'à faire usage de l'expression « *mettre l'administration au greffe* », en référence aux excès des Parlements au XVIII^e siècle³⁵³.

À ce propos, l'espèce *Grassin* en date du 26 octobre 1973 (req., n° 83261, *A.J.D.A.* 1974 p.34, concl. A. Bernard, note J.K) est caractéristique du juge allant jusqu'à se comporter « *comme l'autorité de tutelle des collectivités décentralisées* »³⁵⁴. Saisi d'une demande en annulation de l'arrêté du préfet des Deux-Sèvres en date du 6 avril 1970 ayant déclaré d'utilité publique la création d'un aérodrome de catégorie D sur le territoire de la commune de *La peyratte*, le Conseil d'État n'a pas hésité, dans cette affaire, à jouer le rôle d'autorité de

³⁵² G. Braibant, conclusion sous arrêt « *Ville Nouvelle-Est* », précité.

³⁵³ *R.D.P.* 1973, p. 454, s. p. 460, précité.

³⁵⁴ Ph. Godfrin, M. Degoffe, *Droit administratif des biens, Domaine, travaux, expropriation*, Dalloz, 10^{ème} édition, p. 359.

tutelle des collectivités décentralisées³⁵⁵ ; sa décision, quoique rendue en formation contentieuse, n'était pas différente d'un acte d'administration.

En effet, si on s'en tient au principe posé par sa jurisprudence Ville Nouvelle-Est, la Haute juridiction administrative aurait pu, comme l'y avait invité le commissaire du gouvernement Braibant, « *mettre en balance les inconvénients de l'opération avec ses avantages, son coût avec son rendement ou, comme disent les économistes, sa désutilité avec son utilité* ». Concrètement, le Conseil d'État aurait pu comparer, dans le même esprit que celui de la jurisprudence Ville Nouvelle-Est, l'avantage de créer un aérodrome avec ses inconvénients (par exemple, perdre des terres agricoles ou nuisances de toute nature), et cela, bien évidemment, « *avec tact et mesure* », car il n'est pas question pour la Haute juridiction d'exercer « *à la place de l'administration les choix discrétionnaire qui lui appartiennent* »³⁵⁶.

Tel n'a toutefois pas été le raisonnement de la Haute juridiction administrative dans cette affaire. La Haute assemblée a en effet choisi de tenir compte d'une part, des circonstances de l'espèce³⁵⁷, en raison d'équipements sommaires, l'ouvrage ne répondait pas aux besoins réels des acteurs économiques de la région ; par ailleurs, seul un petit nombre d'habitants de la commune étaient susceptibles de se livrer à la pratique des sports aériens, qu'elle a jugées comme n'étant en aucun cas de nature à justifier l'utilité publique du projet et, d'autre part, du coût financier de l'ouvrage, qu'elle a estimé hors de proportion avec les ressources financière de la commune de La Peyratte. Ayant conclu sur cette affaire, le commissaire du gouvernement Antoine Bernard n'avait pas dissimulé ses craintes au sujet d'une telle méthode qui, selon lui, « *[confinait] à un contrôle d'opportunité* »³⁵⁸.

³⁵⁵ Cet arrêt constitue un revirement dans la jurisprudence du conseil d'État relative à une opération ayant le même objet. Voir dans ce sens : CE, 13 mai 1964, *Sieur Malby et Bebouet*, A.J.D.A. 1965, p.35, note Laporte.

³⁵⁶ G. Braibant, conclusion arrêt Ville Nouvelle Est, précité.

³⁵⁷ Ce qui constitue un revirement dans la jurisprudence relative à une opération ayant le même objet CE, 13 mai 1964, *Sieur Malby et Bebouet*, A.J.D.A. 1965, p.35, note Laporte.

³⁵⁸ A.J.D.A 1974, précité, p.36.

En lisant attentivement les trois considérants de la décision Grassin³⁵⁹, on voit mal quel contrôle de légalité pourrait justifier la décision du Conseil d'État dans cette affaire ! Un commentateur semi-anonyme de cette décision a ainsi pu écrire : « *Jamais, en tout cas, la Section du Conseil d'État n'avait subordonné la légalité d'un projet aux modalités de son financement...l'arrêt Ville Nouvelle Est [n'autorise pas] le juge de légalité à s'immiscer dans la gestion des finances communales : c'est là, sous certaines conditions, le rôle de l'autorité de tutelle ; ce n'est pas encore celui du Conseil d'État statuant au contentieux ...la décision Grassin ne fait, en somme, qu'exprimer l'opinion de la Section du contentieux sur l'opportunité de créer un aérodrome dans la région de Parthenay* »³⁶⁰. Démarche très surprenante assurément qui incite à s'interroger sur un éventuel retour de l'ancienne confusion entre les fonctions de juger et d'administrer.

Des critiques de même nature ont été adressées aux conclusions du commissaire du gouvernement Galabert prononcées dans l'affaire *Premier ministre c/Veuve Beau Loménie et autre* (CE, 26 mars 1980, *Rec.*, p. 171). Dans ses observations sur cet arrêt, le Professeur Pierre Bon a déclaré que « *la logique de la méthode du bilan l'amène inévitablement à évacuer tout raisonnement proprement juridique pour se poser en définitive une seule question : l'administration a-t-elle raison de sacrifier les intérêts de l'environnement à ceux du tourisme ?* »³⁶¹. « *On peut être satisfait, a poursuivi l'auteur, de la réponse négative apportée par le juge à cette interrogation. Mais on peut malgré tout se demander si ce dernier est bien habilité pour y répondre, ce type de choix paraissant plutôt relever de la compétence des autres pouvoirs publics.* »³⁶².

³⁵⁹ « *Considérant qu'une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente...* » ; « *Considérant, d'une part...que la création d'un aérodrome de catégorie D sur le territoire de la commune...ne répond pas, en raison du caractère sommaire des équipements prévus, aux besoins réels des milieux économiques de la région...que la circonstance, sur laquelle se fonde à titre principal la commune, que la création d'un aérodrome sur le territoire de cette dernière ...n'est pas, en tout état de cause, de nature, eu égard à la très faible proportion des habitants de la commune susceptible de se livrer à cette activité, à justifier à elle seule l'utilité publique du projet...* » ; « *Considérant, d'autre part, que le coût de l'opération dont s'agit ...est évoluée à 700.000 francs, somme hors de proportion avec les ressources financières de la commune...* ».

³⁶⁰ J.K., note sous arrêt Grassin, A.J.D.A 1974, p. 37.

³⁶¹ P. Bon, obs. sous CE, 26 mars 1980, *Premier ministre c/Veuve Beau Loménie et autre*, précité, D. 1980, IR., p. 542.

³⁶² P. Bon, obs. sous CE, 26 mars 1980, *Premier ministre c/Veuve Beau Loménie et autre*, précité, D. 1980, IR., p. 542.

B. L'utilisation de la règle de proportionnalité confine à un pouvoir normatif

Faire de l'opportunité d'une mesure de police administrative, d'une mesure disciplinaire ou encore d'une déclaration d'utilité publique un élément de légalité de celles-ci, c'est, pour le juge de l'excès de pouvoir, soumettre l'action administrative à des conditions de légalité non prévues par la loi, et donc sortir de sa mission principale (dire le droit) et s'attribuer un véritable pouvoir normatif, « *pouvoir de créer des normes juridiques* »³⁶³ auxquelles sera soumise l'action administrative.

La problématique du pouvoir normatif de la jurisprudence n'est assurément pas nouvelle³⁶⁴ dans une discipline (droit administratif) considérée avant tout comme l'œuvre d'un juge et plus particulièrement du Conseil d'État.

Le droit administratif est un droit « *prétorien, pratiquement sans texte, et où la création jurisprudentielle joue le premier rôle* »³⁶⁵. C'est à la jurisprudence que revient le mérite d'avoir élaboré quasiment de toutes pièces les principes, dont certains ont été hésités au rang de normes supérieures (principes généraux du droit), qui devaient régir l'action administrative et les litiges nées de cette dernière.

Loin de nous la prétention de faire preuve d'une quelconque originalité en invoquant le pouvoir normatif du juge administratif, notre ambition est beaucoup plus modeste : nous voudrions simplement tenter de rendre compte de la réalité de ce pouvoir dans l'hypothèse du contrôle de proportionnalité d'une décision administrative. En effet, lorsque le juge de l'excès de pouvoir fait de la proportionnalité d'une décision administrative la condition de légalité de celle-ci, il ne se borne pas à appliquer ou à interpréter la loi, mais crée, à nos yeux, une règle de droit nouvelle qu'il impose d'une façon spontanée à l'administration active. Cette règle, bien que formulée au sujet d'un cas particulier (mesure de police, mesure disciplinaire,

³⁶³ M. Waline, *Le pouvoir normatif de la jurisprudence*, in *La Technique et les principes du droit public: études en l'honneur de Georges Scelle*, L.G.D.J 1950, T. 2, p. 613.

³⁶⁴ M. Waline, *Le pouvoir normatif de la jurisprudence*, *Mélanges G. Scelle*, 1950, T. 2, p. 613, précité ; R. Chapus, *De la soumission au droit des règlements autonomes*, D. 1960, *chron.*, p. 119 ; J. Roche, *Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence*, A.J.D.A 1962, p. 532 ; O. Dupeyroux, *La jurisprudence, source abusive de droit*, *Mélanges Maury*, Dalloz, 1960, T. 2, p. 349 ; O. Dupeyroux, *La doctrine française et le problème de la jurisprudence, source de droit*, *Mélanges Marty*, Toulouse, 1979, p. 463 ; D. Linotte, *Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif*, A.J.D.A, 1980, p. 632, précité ; S. Rials, *Sur une distinction contestable et un trop réel déclin. À propos d'un récent article sur le pouvoir normatif du juge*, A.J.D.A, 1981, p. 115.

³⁶⁵ D. Linotte, *Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif*, A.J.D.A, 1980, p. 632.

déclaration d'utilité publique), ne demeure pas moins une véritable règle de droit, élaborée par le juge administratif et susceptible de valoir au-delà du cas d'espèce. À ce titre, on peut relever, par exemple, que le principe de proportionnalité, qui préside à la comparaison entre l'actif et le passif d'une décision administrative (la théorie dite « du bilan avantages/inconvénients »), a été appliqué en dehors du contentieux de l'expropriation, dans des domaines tels que le droit de l'urbanisme³⁶⁶, le droit du travail³⁶⁷, le sport³⁶⁸ ou encore le commerce³⁶⁹. Le Conseil d'État l'a surtout intégré dans quasiment toutes les étapes du jugement de la légalité d'un acte administratif. D'abord en amont, en ce qui concerne le jugement en urgence, apprécié « *objectivement et compte tenu de l'ensemble des circonstances de chaque espèce* »³⁷⁰, ensuite en aval, pour apprécier d'une façon plus concrète les effets des jugements d'annulation³⁷¹.

On aurait pu, certes, confondre ici le pouvoir normatif du juge avec l'interprétation de la loi, et cela notamment dans les hypothèses d'une mesure de police ou d'une sanction disciplinaire. Dans ces cas de figure, les conditions de la légalité de l'action administrative sont abstraitement fixées par le législateur et c'est au juge que revient, lors d'un litige, la tâche de définir d'une façon concrète le contenu de cette légalité. À titre d'exemple, si un fonctionnaire ne peut se voir infliger une sanction disciplinaire qu'en raison d'une faute qu'il a commise ou si l'autorité de police ne peut intervenir que si l'ordre public est menacé, la loi ne définit pas la notion de faute disciplinaire et n'indique pas, du moins d'une façon limitative, dans quels cas l'ordre public est menacé. C'est au juge qu'il incombe la tâche de

³⁶⁶ Voir dans ce sens : CE, Ass., 18 juill. 1973, *Ville de Limoges, Rec.*, p. 530, *R.D.P* 1974, p. 259, note Waline, p. 559, concl. Rougevin-Baville, *A.J.D.A* 1973, p. 480, chron. de juris. Cabanes et Léger, à propos des dérogations aux règles d'urbanisme ; CE, Sect., 30 octobre 1992, *Ministre des affaires étrangères et secrétaire d'État aux grands travaux c/ Association de sauvegarde du site Alma Champ de Mars*, req., n°140220, à propos de la modification d'un plan communal d'occupation des sols ; CE, Ass., 24 janvier 1975, *Gorlier et Bonnifay, Rec.*, p. 54, à propos des servitudes nécessaires à l'établissement du tracé de lignes électriques ; CE, 5 mai 1993, *Association de défense des riverains de l'aéroport de Deauville-Saint-Gatien, Rec.*, p. 1057, à propos de l'approbation d'un plan de servitudes aéronautiques, CE, Sect., 8 juillet 1977, *Dame Rié, Rec.*, p. 317, concl. M. Gentot, à propos de l'institution d'une zone de protection autour d'un site classé.

³⁶⁷ CE, Ass., 5 mai 1976, *SAFER d'Auvergne et ministre de l'Agriculture c./Bernette, Rec.*, p. 232, en ce qui concerne les décisions de licenciement de salariés protégés.

³⁶⁸ CE, Sect., 16 mars 1984, *Broadie, Rec.*, p. 118, à propos des décisions refusant l'accès à une compétition sportive.

³⁶⁹ CE, 27 avril 1988, *Société Bernard Carant, Rec.*, p. 171, concernant la décision suspendant la commercialisation d'un produit ; CE, Ass., 27 mai 2002, *SA Guimatho, A.J.D.A* 2002, p. 702 ; CE, 25 octobre 2004, *Union des métiers et des industries de l'hôtellerie du Morbihan, A.J.D.A* 2005, p. 108 ; CE, 11 février 2004, *Conseil national des professions de l'automobile, A.J.D.A* 2004, p. 997, à propos des autorisations d'exploitation commerciale délivrées par les commissions d'équipement commercial.

³⁷⁰ CE, 28 févr. 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes c/ Société Sud-Est assainissement*, req., n° 229562, *Dr. adm.* 2001, n° 99.

³⁷¹ Des hypothèses sur lesquelles nous allons revenir avec d'avantage de développements dans la suite de notre recherche.

dire quels faits sont constitutifs d'une faute disciplinaire ou quels troubles menacent l'ordre public³⁷².

Cependant dans de telles hypothèses, il s'agit d'une qualification juridique des faits, procédé, nous l'avons vu, consistant à interpréter ces derniers afin de les ranger ensuite dans une catégorie juridique déterminée. Or dans le cas de l'examen de la proportionnalité, le juge va plus loin, en ce sens qu'il ne se contente pas de résoudre un problème juridique (telle place est-elle une perspective monumentale ?), mais pose une règle de droit nouvelle, dont le contenu suppose l'utilisation par l'administration des moyens les plus adéquats pour atteindre le but qu'elle entend poursuivre par son action. Ainsi, s'agissant d'une déclaration d'utilité publique, le juge a consacré, d'une façon prétorienne, le principe selon lequel : « *une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier, les inconvénients d'ordre social, la mise en cause de la protection et de la valorisation de l'environnement, et l'atteinte éventuelle à d'autres intérêts publics qu'elle comporte, ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente* ». De même, à propos des mesures de police administrative, le Conseil d'État a posé le principe selon lequel celles-ci « *doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées au regard des seules nécessités de l'ordre public, telles qu'elles découlent des circonstances de temps et de lieu...* »³⁷³. De même également, en matière de sanctions disciplinaires, le Conseil d'État (jurisprudence *Dahan* du 13 novembre 2013) s'est reconnu le pouvoir de vérifier désormais si « *la sanction retenue [par l'autorité disciplinaire] est proportionnée à la gravité de ces fautes* », et a consacré ainsi la nouvelle règle de proportionnalité des sanctions disciplinaires.

Cela dit, qu'il s'agisse d'une déclaration d'utilité publique, d'une mesure de police administrative ou encore d'une sanction disciplinaire, l'utilisation de la règle de proportionnalité comme norme de référence dans l'examen de l'excès de pouvoir permet au juge d'apprécier la légalité d'une décision administrative non seulement en fonction de sa conformité au droit, mais également en fonction des différents intérêts en présence. Son intervention consistera ainsi à « *concilier deux lois que leur interprétation extensive oppose, deux nécessités sociales qui agissent en sens contraire... Ses sentences seront, pour ainsi dire,*

³⁷² Voir dans ce sens, J.-M. Auby, R. Drago, *Traité de contentieux administrative*, T. 2, L.G.D.J., 1984, n° 1289.

³⁷³ Voir, par exemple, dans ce sens : CE, 26 septembre 2016, *Association de défense des droits de l'homme - Collectif contre l'islamophobie en France*, req., n°403578, précité.

"des jugements de Salomon", et ceux-ci relèvent de la libre sagesse des rois plus que de l'obéissance impersonnelle des juristes »³⁷⁴.

³⁷⁴ L. Goldengerg, *Le Conseil d'État, juge du fait, thèse précitée*, p. 255.

C. L'utilisation de la règle de proportionnalité confine à un jugement subjectif aléatoire

L'absence de cadre juridique définissant d'une façon précise la notion de proportionnalité et son utilisation par le juge administratif risque de faire perdre toute son efficacité au contrôle juridictionnel de l'administration par la voie du recours pour excès de pouvoir, voire de substituer un excès à un autre : celui du juge à celui de l'administration. En effet, le fait pour le juge administratif de se positionner en marge des standards traditionnels de la légalité peut donner lieu, lors de son contrôle, à des appréciations subjectives aléatoires. Cela est particulièrement valable en matière de jugement des mesures de police administrative. À ce propos, on se souvient de la décision du Conseil d'Etat *Ministre de l'intérieur c/Société de les productions de la Plume et Dieudonné M'Bla M'Bala* du 9 janvier 2014 (Rec., p. 1, précité) ayant validé l'interdiction du spectacle de *Dieudonné*. Dans cette affaire, les premiers juges avaient estimé que la mesure de police était disproportionnée par rapport à la gravité de la menace de trouble à l'ordre public ; le Conseil d'État, quant à lui, s'est prononcé en sens contraire. Deux appréciations subjectives contradictoires de la légalité de la mesure d'interdiction du spectacle se sont affrontées dans cette espèce. Par ailleurs, un an plus tard, une même interdiction a été censurée comme constitutive d'une atteinte manifestement illégale à l'exercice de la liberté d'expression (CE, ord. 6 février 2015, *Commune de Cournon d'Auvergne*, req., n° 387726). Dans cette deuxième affaire, des modifications avaient été apportées au contenu du spectacle initialement interdit, interdiction ayant été validée par le Conseil d'Etat. Enfin, deux exemples fournis par l'étude précitée du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (Credof) de l'université de Paris-Nanterre ont montré les différences d'appréciation qui peuvent exister d'un juge à un autre. Ainsi, un assigné à résidence a vu son recours rejeté par le tribunal administratif de Dijon, alors que des certificats médicaux avaient fait état d'un « ralentissement psychomoteur manifeste » incompatible avec un « processus de radicalisation », tandis qu'un autre requérant a obtenu du tribunal administratif de Grenoble l'annulation de la mesure grâce à une argumentation « sommaire »³⁷⁵.

³⁷⁵ A. Ch. *État d'urgence : quand les recours n'aboutissent pas ou peu*, *Journal Le monde* 14 octobre 2017, précité.

Conclusion du Titre 1 :

La prise en compte par le juge de l'excès de pouvoir des circonstances de fait dans l'examen de la légalité de l'action administrative a bouleversé cette approche principalement abstraite qui dominait jusque-là le contrôle juridictionnel de l'administration. L'appréciation de la légalité se fait désormais d'une façon concrète. Force est de constater que, dans ce cas de figure, les frontières érigées entre la légalité et l'opportunité se révèlent de plus en plus réduites voire inexistantes. En effet, le pouvoir que s'autorise désormais le juge administratif de sanctionner une décision administrative pour défaut de proportionnalité a incontestablement pour effet de placer son office sur le terrain de l'opportunité et fait de lui un juge du fait³⁷⁶. Dans ce cas de figure, « *le principe de légalité exprime autant la soumission de l'administration au juge que sa soumission à la loi stricto sensu. Le juge administratif n'est pas seulement gardien de la légalité, mais source de la légalité* »³⁷⁷. Par delà cette attitude, il se pose le problème de l'équilibre des pouvoirs entre ces deux acteurs.

³⁷⁶ L. Goldenberg, *Le Conseil d'État, juge du fait*, thèse Paris, Dalloz, 1932, précitée.

³⁷⁷ G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, T. I, précité, p. 536.

TITRE II :
D'UNE APPROCHE STRICTEMENT LÉGALISTE À UNE APPROCHE
OUVERTEMENT RÉALISTE DANS LA SANCTION DE L'EXCÈS DE POUVOIR

*« Juger consiste à savoir appliquer à bon escient une règle et mettre à propos la théorie en pratique »³⁷⁸.
« Et puis, interrogeons-nous, Nous somme-nous extraits de la gangue legaliste qui faisait de nous des "raisonneurs" appliqués aux délices du droit, plutôt que des hommes d'actions ? Sommes-nous vraiment et définitivement sortis du néolithique »³⁷⁹.*

Lorsque le juge constate l'illégalité d'un acte administratif, sa décision devrait – si l'on prend l'autorité de la chose jugée dans son sens plein – avoir pour effet d'effacer entièrement toutes les conséquences que l'acte illégal a pu produire avant le jour du jugement d'annulation. L'autorité administrative, dont la décision est annulée, devrait se replacer à la date de sa décision attaquée, *« apprécier comment la situation aurait évolué si la décision annulée n'avait pas été prise et, dans toute la mesure du possible, reprendre et reconstituer les situations respectives de tous ceux pour lesquels la décision annulée a pu avoir des répercussions, qui doivent elles aussi disparaître. En un mot, il faut remettre les choses dans l'état où elles se seraient trouvées si la correction ou la régularité juridique n'avait pas été troublée par la décision annulée »³⁸⁰.*

Sans doute, l'effet d'un tel procédé (l'annulation) a-t-il le mérite de la simplicité et, en l'appliquant d'une façon rétroactive, on parvient aisément à convaincre de son efficacité, car il est en harmonie avec la nécessité sociale d'une marche régulière de l'activité administrative.

Cependant, en droit, et dans une matière aussi délicate que celle du contentieux administratif, les choses ne sont pas si simples. Une telle perspective est en effet beaucoup trop théorique. Un acte administratif, avant que le juge n'ait constaté son irrégularité, a déjà

³⁷⁸ A. Philonenko, *Théorie et praxis dans la pensée morale et politique de Kant et de Fichte en 1793*, J. Vrin Paris, 1968, p. 21.

³⁷⁹ P. Draï, cité, par Ph. Blondel, *Le fait, source de droit*, in *Mélanges P. Draï*, Dalloz 2000, 203.

³⁸⁰ R. Odent, *Contentieux administratif, réédition Dalloz*, 2007, T. I, p. 1033.

été exécuté. Et si, en pure logique légaliste (approche réduisant le jugement de l'excès de pouvoir en une simple opération déductive, appliquant la loi d'une façon stricte), toutes les conséquences produites par ce dernier doivent disparaître, cette disparition ne peut opérer que d'une façon relative. Il existe cependant une réalité des faits qui empêche la règle assez artificielle (abstraite) de la rétroactivité de produire son plein effet. L'autorité de la chose jugée paraît parfois mal adaptée à son but : elle peut présenter des inconvénients particulièrement graves, aussi graves que l'irrégularité dont est entaché l'acte attaqué.

Resté pendant longtemps insensible à cette réalité, le juge administratif de l'excès de pouvoir manifeste aujourd'hui la volonté de marquer une rupture avec la conception traditionnelle de la légalité et opte pour une sanction plus pragmatique de cette dernière.

De ces deux idées, nous ferons les deux divisions suivantes :

Chapitre 1^{er}. L'inadéquation de l'approche strictement légaliste du recours pour excès de pouvoir à la réalité sociale du litige administratif

Chapitre 2. L'approche réaliste du recours pour excès de pouvoir comme solution nouvelle au litige administratif

Chapitre 1 :

L'inadéquation de l'approche strictement légaliste du recours pour excès de pouvoir à la réalité sociale du litige administratif

Les effets d'un jugement en annulation se ramènent au grand principe selon lequel l'acte administratif annulé pour excès de pouvoir est censé n'avoir jamais existé³⁸¹, ou encore, selon la formule de l'arrêt de principe du Conseil d'État en date du 26 décembre 1925 (*Rodière*)³⁸², « *n'être jamais intervenu* »³⁸³; ses conséquences sont rétroactivement anéanties³⁸⁴; il « *constitue un pur néant. Son existence juridique ne se conçoit pas. Il est au sens étymologique du terme une voie de fait* »³⁸⁵.

L'hypothèse de départ d'une telle solution est simple : elle suppose que « *l'illégalité dont est atteint l'acte annulé existait dès l'origine ; c'est donc très logiquement que la sanction de cette illégalité atteint l'acte dès son origine* »³⁸⁶. Telle est la théorie, tel est le droit concernant le jugement d'annulation pour excès de pouvoir. Un acte administratif jugé illégal n'a donc pas sa place dans l'ordonnement juridique ; son annulation est nécessaire à la stabilité sociale et à la sécurité des relations juridiques.

C'est là, semble-t-il, une conséquence parfaitement logique, mais, dès l'instant où le jugement d'annulation est envisagé d'une façon pratique, il se révèle un procédé radical aux répercussions souvent incontrôlées, révélateur d'un juge complètement détaché de la vie réelle.

Avant de développer ce titre, nous tenons à préciser qu'il sera uniquement question, dans les développements qui vont suivre, des annulations contentieuses prononcées pour un vice de légalité interne. Par conséquent, seront exclues de notre champ d'investigation les annulations prononcées sur des moyens de légalité externe (vices de forme ou de procédure).

³⁸¹ CE, 10 janvier 2007, *SCP médecins Reichfeld et Sturtzer*, req. n° 262964.

³⁸² *Rec.p.1065, R.D.P* 1926, p. 32, concl., Cahen-Salvador, *S.* 1925, III^{ème} part., p.49, note Hauriou.

³⁸³ Formule reprise dans l'arrêt : CE, Ass. 10 décembre 1954, *Cru*, *Rec. p.* 659 ; *D.* 1955, p. 198, Concl. Jacomet, note P. Weil, ou plus récemment dans l'arrêt CE, Ass. 11 mai 2004, *Association AC ! Et autres*, *Rec. p.* 197, concl. Devys. *G.A.J.A.*, n° 110 « *Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu (...)* ».

³⁸⁴ A. De Laubadère, *Traité droit administratif*, 5^{ème} édition *L.G.D.J* 1970 t. 1, n° 387.

³⁸⁵ J. Spach, *La suite de l'annulation d'une nomination, promotion, révocation ou mise à la retraite*, thèse Strasbourg 1936, p.21.

³⁸⁶ G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, T. 2, P.U.F, 1992, précité, p. 352.

En effet, il est de jurisprudence constante, que dans les annulations prononcées pour un vice de forme ou de procédure, rien n'interdit à l'administration de prendre à nouveau une décision matériellement identique à la décision annulée³⁸⁷, en respectant les formes³⁸⁸ et procédures³⁸⁹ prescrites.

Par ailleurs, pour indiquer dès à présent le point de vue auquel nous allons nous placer dans les pages qui vont suivre, précisons de suite que nous n'avons pas l'intention d'envisager toutes les conséquences qui s'attachent au jugement d'annulation³⁹⁰ : seul l'aspect destructeur et incommode de l'annulation sera abordé.

³⁸⁷ En effet, dans le domaine des sanctions disciplinaires, l'annulation pour vice de forme ou procédure n'a pas pour effet d'amnistier la faute commise par l'agent ; son seul but est de lui assurer l'observation des formalités légales qui ont été édictées en vue de le protéger contre l'arbitraire. CE, 18 mars 1910, *Barthélemy*, *Rec.* p. 256 ; 8 mars 1912, *Serres*, *Rec.* p. 342 ; 24 mai 1912, *Come*, *Rec.* p. 620 ; 22 nov. 1912, *Jassereau*, *Rec.* p. 1087 ; 22 mai 1925, *Rivière*, *Rec.* p. 500. Voir dans ce sens J. Spach, *Les suites de l'annulation d'une nomination, promotion, révocation ou mise à la retraite* thèse précitée, p. 10.

³⁸⁸ CE, 30 novembre 2001, *El Ouakty*, req. n° 219131.

³⁸⁹ CE, 16 février 1940, *Hurlaux*, *Rec.* p. 65 ; CE, 30 avril 2004, *Josiane X*, req. n° 228238. Voir également dans ce sens : CE, Sect., 13 mars 1959, *Nègre*, *Rec.* p. 179 ; CE, 5 janvier 1973, *Dame Gueydan*, *Rec.* p. 9.

³⁹⁰ Cette question a, en effet, été traitée d'une façon remarquable par des auteurs tels que : Alcindor, *Essai d'une théorie des nullités en droit administratif*, thèse Paris, 1912 ; G. Jèze, *Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques*, *R.D.P.* 1913, pp. 294 et s ; J. Spach, *Les suites de l'annulation d'une nomination, promotion, révocation ou mise à la retraite*, thèse précitée ; J. De Soto, *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, thèse Paris 1941, s. pp. 231 et s ; P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, thèse, précité ; G. Braibant, *L'efficacité des annulations pour excès de pouvoir*, *E.D.CE*, 1961, p. 53 ; J. Massot, *Portée et conséquence de l'annulation d'un acte administratif*, *E.D.CE*, 1979-1980, p. 111, et sur laquelle nous ne trouvons rien à redire.

Section 1 : L'annulation rétroactive : un procédé purement destructeur

La décision d'annulation est la sanction la plus énergique, la suite la plus grave³⁹¹ qui puisse être réservée à un acte administratif entaché d'irrégularité. C'est un « *drame* »³⁹² qui s'abat sur l'administration et qui, d'un mot, « *annihile l'acte injuste, efface toutes ses conséquences comme le soleil fond la glace sur nos grands lacs, et donne à la victime tout ce que le droit lui accorde, tout ce que l'Administration lui refusait (...)* » disait le Huron devant le Palais-Royal³⁹³.

Après l'annulation de sa décision, l'administration se retrouve obligée de se rétracter³⁹⁴. Les actes administratifs accomplis par elle, antérieurement au jugement d'annulation, sont anéantis. Désavouée, elle doit revenir sur une exécution qu'elle a déjà commencée, en en tirant toutes les conséquences qui s'imposent : négatives ou positives. C'est alors que tout ce qu'elle a fait d'illégal est « *défait* », et que ce qu'elle a « *défait* » illégalement « *est refait* », pour reprendre ainsi les expressions du Professeur Pacteau³⁹⁵.

³⁹¹ J. de Soto, *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, thèse précitée, p. 46 ; J. Spach, thèse précitée, p. 11.

³⁹² « *L'annulation par le juge d'un acte administratif sur le recours d'un administré est un scénario*, écrit Jean Massot, – nous n'osons pas dire un drame tant cet événement est devenu banal dans la vie administrative », in, *Portée et conséquences de l'annulation par le juge d'un acte administratif*, E.D.CE, 1979-1980, p. 111.

³⁹³ J. Rivero, *Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir*, D. 1962, précité, p.38.

³⁹⁴ La loi du 8 février 1995 a doté le juge administratif d'un pouvoir d'injonction lui permettant de contraindre l'administration à tirer toutes les conséquences de la chose jugée (art. L. 911-1 et s. CJA).

³⁹⁵ B. Pacteau, *Traité de contentieux administratif*, P.U.F, 1^{er} édition 2008, n° 393.

A. Une administration paralysée : l'annulation lui impose un « devoir négatif »

L'autorité administrative, dont la décision est annulée pour excès de pouvoir, est tenue, conformément au principe de l'autorité absolue³⁹⁶ qui s'attache au jugement d'annulation³⁹⁷, d'exécuter la décision du juge³⁹⁸ et d'en tirer toutes les conséquences nécessaires³⁹⁹ ; elle a, en principe, l'obligation d'agir d'office⁴⁰⁰ et peut engager sa responsabilité si elle n'agit pas dans un délai raisonnable⁴⁰¹. Le caractère absolu de la décision d'annulation, rendue à l'égard de tous, ne permet « *pas qu'elle soit remise en question par qui que ce soit* », disait le Doyen Hauriou⁴⁰².

Aussitôt que le jugement d'annulation est prononcé, l'administration ne peut plus poursuivre l'exécution de son acte censuré⁴⁰³ ; elle « *doit veiller à ce qu'il ne reçoive aucune exécution* »⁴⁰⁴. Paralysé par le juge, le dit acte ne peut naturellement produire aucun effet⁴⁰⁵ et ne peut, par conséquent, d'être invoqué ou opposé par l'autorité administrative⁴⁰⁶.

³⁹⁶ Cette autorité absolue est justifiée soit par des raisons historiques : le recours pour excès de pouvoir était considéré, pendant la majeure partie du XIX^e siècle, à la fois comme hiérarchique et juridictionnel (un acte du souverain), soit par son caractère objectif : le juge tranche dans ce recours la question de la conformité d'un acte administratif avec une règle de droit, soit encore par la place que ce dernier tient dans l'organisation politique et administrative de l'État. Voir dans ce sens : R. Odent, *Contentieux administratif*, t. 2, précité, p. 597 ; M. Waline, *Vers un reclassement des recours du contentieux administratif*, R.D.P 1935, p. 205 et s ; G. Renard, *L'aide du droit administratif pour l'élaboration scientifique du droit privé*, in, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, 1935, T. 3, p. 82 et s ; P. Weil, thèse précitée, pp. 15 à 23.

³⁹⁷ CE, 10 décembre 1954, *Cru*, Rec. p. 659 ; CE, Ass., 13 juillet 1962, *Sieur Bréart de Boisangner*, Rec. p. 484 ; CE, 4 octobre 1972, *S.C.I de construction des 5 et 5 bis, rue des Chales, à Bourges*, Rec. p. 598. L'autorité absolue de la chose jugée s'attache aussi bien au dispositif qu'aux motifs « *qui en constituent le soutien nécessaire ou le fondement même* » de la décision juridictionnelle (CE, Sect. 28 novembre 1949, *Société des automobiles Berliet*, Rec. p. 579 ; CE, 27 octobre 1976, *Barbier*, Rec. p. 445 ; CE, 19 mars 1982, *Ministre de l'Agriculture c/ Société d'exploitation forestière et agricole*, Rec. T. p. 719 ; CE, 28 décembre 2001, *Syndicat CNT des PTE de Paris*, Rec. p. 673 ; A.J.D.A, 2002, p. 542, B. Seiller ; CE, 10 janvier 2007, *SCP de médecin*, n°262964 ; CE, 23 mars 2015 n°366813). L'autorité de la chose jugée s'attache non seulement à l'annulation d'un acte réglementaire (CE, 27 avril 1962, *Sicard*), mais, également, à celle d'un acte individuel (CE, 26 décembre 1925 *Rodière*). Même les jugements des tribunaux administratifs frappés d'appel possèdent l'autorité absolue de la chose jugée (T.C. 13 janvier 1958, *Société Atelier de wagons de Brignoud* ; Cass. 29 décembre 1958, *Bull.* III, 385).

³⁹⁸ Article 11 du CJA : « *Les jugements sont exécutoires* ».

³⁹⁹ L'autorité administrative méconnaît l'autorité de la chose jugée en délivrant un permis de construire identique au permis annulé pour non-conformité au plan d'aménagement dans le cas où ce plan n'a pas été entre-temps modifié (CE, 4 octobre 1972, *S. C. I. de construction des 5 et 5 bis, rue des Chalets, à Bourges*, Rec. p. 598 ; 9 décembre 1974, *Dame Veuve Chalot*, Rec. p. 619) ; de même, l'autorité administrative ne peut pas, pour échapper..., proroger l'application des dispositions annulées (8 mars 1972, *Thfoin*, Rec. p. 190).

⁴⁰⁰ CE, 9 février 1955, *commune de Join-ville-le-Pont*, Rec. p. 79 ; sect., 17 mars 1961, *Ducout*, Rec. p. 189.

⁴⁰¹ CE, 15 juillet 1955, *Renteux*, Rec. p. 446 ; 16 mai 1958, *commune de Marnia*, Rec. p. 274 ; 16 novembre 1960, *Payrat*, Rec. 625. Voir dans ce sens R. Odent, *Contentieux administratif*, T. 2, précité, p. 600.

⁴⁰² Hauriou, notes sous CE, 8 et 15 décembre 1899, *Affaires ville d'Avignon et Adda*, Sirey 1900, III^{ème} part., p. 73.

⁴⁰³ La décision d'annulation est en effet un procédé qui a été organisé d'après sa nature et sa finalité. Elle n'a pour raison d'être que pour assurer l'observation de la légalité, laquelle passe absolument par l'effacement rétroactif des conséquences que la décision irrégulière a emporté avec elle avant son annulation.

⁴⁰⁴ J. Spach, thèse précitée, p. 11.

La renonciation⁴⁰⁷ au bénéfice de la chose jugée reste sans influence sur l'annulation prononcée⁴⁰⁸. La défense de la légalité méconnue, que le recours pour excès de pouvoir tend à protéger, ne peut en effet faire l'objet d'accords particuliers⁴⁰⁹. Par ailleurs, aucune circonstance ne peut faire revivre un acte annulé par le juge⁴¹⁰, ni dispenser l'administration de le refaire, lorsque le respect de la chose jugée impose qu'il en soit ainsi⁴¹¹. Le non-respect par l'administration de la chose jugée constitue un excès de pouvoir⁴¹², justifiant l'exercice

⁴⁰⁵ L'acte censuré ne peut pas par exemple fonder de décisions nouvelles : CE, 13 mars 1968, *Élection du maire et de l'adjoint de Talasani*, Rec. p. 180.

⁴⁰⁶ CE, 5 janvier 1955, *Vieily*, à propos d'une sanction administrative. Cette sanction perd sa base légale après l'annulation de l'acte administratif sur lequel elle est fondée. CE, 18 janvier 1956, *Demicheli*, Rec. p. 23, à propos d'un refus d'inscription au tableau d'avancement.

⁴⁰⁷ « Renoncer à la chose jugée, c'est renoncer au bénéfice d'un jugement rendu à son profit ; c'est, dans la plupart du temps, s'aligner sur les prétentions de son adversaire (...). La renonciation à la chose jugée s'analyse en une sorte de refus, de rejet de l'acte juridictionnel (...) L'effet de la renonciation est d'anéantir, ou tout moins de rendre inefficace, la décision juridictionnelle qui a été émise », C. Blumann, *La renonciation en droit administratif*, L.G.D.J., 1974, pp.185-186.

⁴⁰⁸ CE, 13 juillet 1967, *Ministre de l'Education nationale c/Ecole privée de filles de Pradelles*, Rec.339, A.J.D.A 1968, p. 344, note O. Dupeyroux ; D. 1968, p. 431 note M. Voisset ; R.D.P 1968, p. 187 concl. M. Bernard. Voir également, CE, 13 octobre 1967, *Société civile immobilière Méditerranée*, Rec. p. 375, A.J.D.A 1968, p. 376, note O. Dupeyroux, C.J.E.G, 1968, p. 219, note J. V ; CE, 2 février 1972, *Ministre de la santé publique c/ Dame Minuit-Balalud de Saint-Jean*, Rec. p. 106, A.J.D.A 1973, p. 54, note P. Landron, R.D.P 1972, p. 1533 note M. Waline ; CE, 25 mai 1979, *Mme Toledano-Abitbol*, Rec. p. 228, D. 1979, IR, p. 387, note P. Delvolvé, R.D.P 1979, p. 1518 ; CE, 3 juin 1988, *Mme Lafragette* ; CE, 27 septembre 1989, *Ville de Vallauris*, Rec. p. 881 ; CE, 17 novembre 1997, *CHS d'Erstein*, Rec. T. p. 987 et 1078.

⁴⁰⁹ « ...la règle de droit, l'ordre juridique et la discipline administrative, que le recours pour excès de pouvoir tend à faire respecter, sont hors du commerce, et ne peuvent, pour ce motif, faire l'objet d'accords particuliers », R. Alibert, dans une note S. 1936 III, p.97.

⁴¹⁰ La même décision ne peut être prise sur un autre fondement : CE, Ass., 2 mars 1962, *Fédération nationale des industries chimiques et parties similaire*, Rec. p. 147 ; Sect., 15 février 1961, *Lagrange*, Rec. p. 121. Voir dans ce sens C.J.A, *Litec* 2011, note sous article R. 741-2.

⁴¹¹ CE, Ass., 10 décembre 1954, *Cru*, Rec. p. 659. Dans cet arrêt, le Conseil d'État a donné une interprétation plus large des effets d'une annulation contentieuse. La Haute juridiction a en effet décidé, contrairement à un avis de la Commission de la fonction publique du Conseil d'État et aux conclusions du commissaire du Gouvernement, qu'un tableau d'avancement annulé devrait être refait par l'administration, quels que soient les motifs de l'arrêt d'annulation, et les circonstances intervenues postérieurement à cet arrêt. Voir pour l'évolution de cette jurisprudence : CE, Sect., 10 octobre 1997, *Lugan*, Rec. p. 346), l'annulation d'un concours n'entraîne pas la remise en cause de nominations, créatrices de droit pour leurs bénéficiaires, qui ont été effectuées à l'issue de ce concours et qui sont définitives. Cette jurisprudence s'applique aux listes d'aptitude (CE, 10 mars 2004, *Fabre*, Rec. T. p. 753) et donc aux tableaux d'avancement. Voir dans ce sens : G. Delvolvé, *Chose jugée, Répertoire du contentieux administratif*, avril 2008.

⁴¹² Le Conseil d'État assimile, depuis 1904, la violation de la chose jugée à la violation de la loi : CE, 8 juillet 1904, *Botta*, Rec. p. 557, D. 1906. 3. 33, concl. Romieu ; S. 1905. 3. 81, note Hauriou ; G.A.JA, n° 14 : « Nous attachons, écrit le commissaire de gouvernement Romieu dans cette affaire, une grande importance à la décision que le Conseil d'État rendra dans l'affaire actuelle, car elle aura une portée générale, et la théorie en sera applicable à toutes les autorités qui relèvent de sa juridiction au point de vue de l'annulation, soit aux autorités juridictionnelles de toute nature, soit même aux autorités de l'administration active. Il faut qu'on sache bien que lorsqu'un acte ou un jugement a été annulé par le Conseil d'État pour violation de la loi, cet acte ne peut être recommencé immédiatement dans les mêmes conditions, ce jugement ne peut être reproduit dans l'instance avec les moyens de droit qui ont été condamnés, sous peine d'une annulation qui, cette fois, sera exclusivement fondée sur la violation de la chose jugée ».

Voir également dans ce sens : CE, Ass., 13 juillet 1962, *Sieur Bréart de Boisanger*, Rec. p. 484.

d'un nouveau recours⁴¹³ et entraînant l'annulation de toute nouvelle décision⁴¹⁴, et peut engager la responsabilité de l'auteur de l'acte ressuscité⁴¹⁵.

La constatation d'illégalité d'un acte administratif (jugement d'annulation) doit donc être tenue pour définitive⁴¹⁶ et ne peut être reconsidérée à l'avenir par aucune autorité⁴¹⁷. Elle s'impose *erga omnes*, est opposable à tous⁴¹⁸, de même que tout le monde peut s'en prévaloir⁴¹⁹. Elle s'impose au juge lui-même, saisi d'un nouveau recours⁴²⁰, qui peut la soulever d'office⁴²¹, car elle est d'ordre public⁴²². Il s'agit là de l'aspect principal et immédiat de la chose jugée.

Après l'annulation de sa décision, l'administration se retrouve soumise à un « *devoir négatif* »⁴²³, en ce sens qu'elle « *ne peut, par aucun de ses actes, s'opposer à la solution que le juge a donnée à la question de la légalité d'un acte administratif* »⁴²⁴. « *Respecter la chose jugée, dit le Professeur Jèze, cela signifie d'abord s'abstenir de critiquer la constatation faite par le juge ; c'est la tenir officiellement pour exacte, refuser de la remettre en question, opposer une fin de non-recevoir pure et simple, sans discussion, même si on croit que le juge*

⁴¹³ La légalité de l'acte attaqué sera examinée non par rapport à la loi (le droit), mais confrontée avec la décision d'annulation. Le juge va ainsi substituer au vice d'illégalité, cause de l'annulation première, le vice de violation de la chose jugée. Voir dans ce sens : J. Spach, thèse précitée, p. 6.

⁴¹⁴ CE, 29 décembre 1949, *Société anonyme des automobiles Berliet*, Rec. p. 368 ; CE, 22 février 1961, *Fruchss* ; 8 mars 1972, *Thfoin et autres*, Rec. p. 190.

⁴¹⁵ CE, Ass., 4 janvier 1952, *Lhomme*, Rec. p. 15.

⁴¹⁶ « *Le propre de la chose jugée est de s'imposer comme la vérité légale, quels que soient les griefs, même ceux de légalité, qui puisse être allégués contre le jugement définitif...Le devoir juridique des agents de l'administration est, en conséquence, de tenir compte de l'autorité de la chose jugée...L'autorité de la chose jugée doit constituer, avant tout, la règle fondamentale* » : M. Corneille, concl., sous CE, 8 août 1919, *Toesca*, Rec. p. 740.

⁴¹⁷ L'autorité de la chose jugée s'oppose, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, à ce que la validation législative fasse revivre juridiquement des actes administratifs définitivement annulés : C.C 2005-531 du 12 décembre 2005 : illégalité d'une disposition législative sur les péages autoroutiers tenant en échec un arrêt de la CJCE3 et un arrêt du Conseil d'État, *R.F.D.A* 2006, p. 497

⁴¹⁸ L'annulation d'un acte administratif, écrit Laferrière, « *opère erga omnes ; elle met l'acte à néant, tant à l'égard de l'administration que de toutes les personnes que l'acte pourrait atteindre, alors même qu'elles sont restées étrangères au recours* », *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, T. 2, 2^{ème} édition, précité, p. 395. Voir également P. Weil, thèse précitée, p. 20 : « *Le recours pour excès de pouvoir a pour but de supprimer le désordre à l'intérieur de la société considérée sous l'angle administratif (...) Il est normal, dans ces conditions, que le jugement rendu sur ce recours profite et s'impose à tous les membres de la société. L'ordre social est le même pour tous : il ne peut tolérer tel acte à l'égard des uns et le rejeter à l'égard des autres* ».

⁴¹⁹ D. Turpin, *Contentieux administratif*, Hachette, 1994, p. 153.

⁴²⁰ CE, 9 juin 1989, *M. et Mme Dufal*, *L.P.A.*, 1989, n° 128, note B. Pacteau.

⁴²¹ C'est ainsi, en statuant sur un recours pour excès de pouvoir, que le Conseil avait annulé une décision ministérielle relative à la carrière d'un fonctionnaire, en relevant d'office que cette décision avait été prise sur les bases d'un décret statutaire qui avait été annulée : CE, 22 juillet 1961, *Simonet*, Rec. p. 211.

⁴²² Voir dans ces sens G. Braibant, *L'efficacité des annulations pour excès de pouvoir*, précité, p. 53 : « *Le Conseil d'État considère que l'autorité des annulations a un caractère d'ordre public et qu'elle doit être, en conséquence, soulevée d'office par le juge* ».

⁴²³ P. Laurent, thèse précitée, p. 107.

⁴²⁴ P. Weil, thèse précitée, p. 35.

s'est trompé »⁴²⁵. L'administration a donc l'obligation juridique de cesser de faire tout ce qui viendrait contredire le jugement d'annulation⁴²⁶. Toute mesure visant à faire échec à la chose jugée⁴²⁷ sera entachée de détournement de pouvoir et encourra de ce chef l'annulation⁴²⁸.

Le contentieux de l'expropriation offre une extraordinaire variété d'effets paralysant d'un jugement d'annulation. Il suffit de rappeler, par exemple, que l'annulation d'une déclaration d'utilité publique (ou d'arrêté de cessibilité) empêche l'administration de poursuivre la procédure d'expropriation, sous peine de nullité des actes subséquents⁴²⁹. Tous les actes administratifs pris au cours de la phase administrative d'expropriation, pour l'application de la déclaration d'utilité publique, en particulier l'arrêté de cessibilité, se retrouvent instantanément privés de base légale et ne peuvent produire aucun effet. La déclaration d'utilité publique, pour laquelle ils interviennent, est réduite à néant par le jugement d'annulation⁴³⁰. L'administration doit arrêter immédiatement la procédure d'expropriation. L'annulation de la déclaration d'utilité publique provoque l'irrégularité de

⁴²⁵ *Les principes généraux du droit administratif*, 3^{ème} édition T. 1, réédition Dalloz, 2005, pp. 255.

⁴²⁶ C'est ainsi que l'administration ne peut pas par exemple appliquer ou modifier une décision annulée : CE, 8 mars 1972, *Thfoin et autres*, Rec. p. 190 (un complément de motivation ultérieurement apporté à un arrêté préfectoral ayant été annulé pour défaut de motivation est réputé nul et de nul effet) ; CE, 20 mai 1988, *Nardin*, Rec. p. 198. Elle ne peut pas non plus lui reproduire une décision identique : CE, Ass. 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture c/dame Lamotte*, Rec. p. 110 ; CE, 6 janv. 1995, *Assemblée territoriale de la Polynésie française*, Rec. P. 985 ; CE, 30 juillet 1997, *Caisse de dépôts et consignations*, n° 141939. L'exécution de l'acte annulé peut, dans certains cas, constituer une voie de fait : T.C., 28 février 1952, *Dame Vve Japy c/ Kahn*, Rec. p. 619 (le maintien dans les lieux après l'annulation d'une réquisition est constitutif de voie de fait). Par ailleurs tout acte pris sur la base de la décision annulée sera annulé par voie de conséquences : CE, 10 février 1965, *Morati*, Rec. p. 91.

⁴²⁷ Tel est le cas notamment des mesures de suspension successives (dix au total) prises par un maire par pure vengeance contre un agent garde champêtre : CE, 23 juillet 1909 et 22 juillet 1909, *Fabrègues*, S. 1911, 3, p. 121, note Hauriou. Dans cette affaire le Doyen de Toulouse n'a pas hésité à parler de « *l'insurrection des bureaux contre le Conseil d'État* ». Voir également : CE, 9 novembre 1959, *Rosan Girard*, Rec. p. 584 : à propos de la dissolution d'un conseil municipal visant à faire échec à la chose jugée. En l'espèce, après l'annulation d'un décret instituant une délégation spéciale, et, par voie de conséquence, les élections qui avaient suivi l'intervention de ce décret prononcées par le Conseil d'État le 31 mai 1957, le conseil municipal illégalement évincé aurait dû normalement entrer en fonctions, à la place du conseil irrégulièrement élu ; mais le Gouvernement a préféré le dissoudre, par un décret pris quelques jours après l'arrêt du Conseil d'État, et qui a dû être annulé à son tour en 1959.

⁴²⁸ Voir par exemple : CE, Ass., 13 juillet 1962, *Sieur Bréart de Boisanger*, Rec. p. 484, D. 1962, p. 664, concl. Henry, A.J.D.A 1962, p. 549, chr. Galabert et Gentos (Un décret réglementaire modifiant le statut de l'administrateur de la Comédie française afin de permettre au gouvernement des mesures individuelles identiques à des décisions précédemment annulées par le Conseil d'État) ; CE, 15 juillet 1964, *Dame Michel*, Rec. p. 403 (Une prétendue réorganisation du service pour éviter les conséquences de l'annulation d'une mutation) ; CE, 7 novembre 2012, *M. et Mme G. et Commune de Grans*, req. n°334424 (refus d'un permis de construire ayant « pour objet de faire échec aux effets des décisions juridictionnelles qui avaient précédemment suspendu et annulé les arrêtés antérieures rejetant le même demande ». Toujours dans ce sens : G.A.J.A note arrêt Pariset 26 novembre 1875.

⁴²⁹ Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, L.G.D.J 14^{ème} édition, n° 801.

⁴³⁰ H. Arbousset, *Droit administratif des biens*, Studyrama, 2015, p. 308.

toute la procédure à laquelle elle servait de fondement⁴³¹. Il ne peut donc y avoir transfert de propriété d'un bien immobilier illégalement déclaré d'utilité publique.

Les effets paralysants d'une annulation peuvent se manifester même après que le bien, objet de l'expropriation, ait été transféré dans le patrimoine de l'administration. En effet, après une longue période, qualifiée souvent de déni de justice, l'article 12-5 du code l'expropriation pose le principe selon lequel, en cas d'annulation de la déclaration d'utilité publique (ou de l'arrêté de cessibilité), l'exproprié pourra faire constater, par le juge de l'expropriation, que l'ordonnance portant transfert de propriété se retrouve dépourvue de base légale⁴³². À condition qu'elle soit définitive, l'annulation de la déclaration d'utilité publique va priver l'ordonnance d'expropriation de tout effet à l'égard de l'exproprié. Ce dernier est alors réputé n'avoir jamais cessé d'être propriétaire, le transfert de propriété étant anéanti rétroactivement⁴³³. Après l'annulation de la déclaration d'utilité publique ou de l'arrêté de cessibilité pour excès de pouvoir⁴³⁴, et à condition qu'il se soit régulièrement pourvu en cassation, l'exproprié peut obtenir l'annulation, par voie de conséquence, de l'ordonnance d'expropriation⁴³⁵. Le transfert de propriété du bien, étant dans ces conditions, rétroactivement annulé, l'expropriant, quant à lui, va se retrouver dans une situation semblable à celle d'un acquéreur après la résolution d'une vente : il devra donc restituer le bien à celui qui en a été illégalement dépossédé, moyennant le remboursement des indemnités reçues⁴³⁶. Le maintien dans les lieux après l'annulation de la décision d'exproprier prive l'administration de titre juridique et la place dans la situation d'emprise irrégulière. De ce fait, l'exproprié pourra demander à être rétabli dans son droit et, en cas de refus de

⁴³¹ C. Guettier, *Droit administratif des biens*, PUF, 2008, p. 413

⁴³² Le juge de l'expropriation a compétence liée pour reconnaître que l'ordonnance n'a pas de base légale, à condition que la décision du juge administration décidant de l'illégalité de la déclaration d'utilité publique soit devenue définitive (C.A de Montpellier, 16 décembre 2003, *Gracia*, *A.J.D.I.*, 2004, p. 654.

⁴³³ Voir dans ce sens, TGI Bobigny, 12 juillet 1996, *Consorts Cubain c/Commune de Sainte-Ouen*, *A.J.P.I.* 1996, p. 1030, observ. C.M. Voir dans ce sens, R. Hostiou *in code de l'expropriation*, *Litec*, 2006, p.52.

⁴³⁴ Laquelle prive *a posteriori* le transfert de propriété de base légale. Voir dans ce sens : R. Hostiou *code de l'expropriation*, précité, p.52.

⁴³⁵ Voir dans ce sens : Cass. 3^e civ., 12 décembre 1972, *Mammi c/ maire Carpentras* : Bull. civ. 1972, III, n^o 675. ; Cass. 3^e civ., 10 juillet 1978, *Latapie c/ Cne Castanet-Tolosan* : Bull. civ. 1978, III, n^o 292 ; Cass. 3^e civ., 7 mars 1984, *Sause c/ Cne Courbevoie* : Bull. civ. 1984, III, n^o 64 ; Cass. 3^e civ., 4 février 1987, *Somekh c/ Cne Allauch* ; Bull. civ. 1987, III, n^o 18 ; Cass. 3^e civ., 13 décembre 1995, *Bassi c/ Sté économie mixte aire de Fréjus* : *D.* 1996, inf. rap. p. 24 ; Cass. 3^e civ., 18 décembre 1996, *Épx Grandjean c/ CAS Rennes* : Bull. civ. 1996, III, n^o 242 ; Cass. 3^e civ., 3 février 1999, *Épx Josset c/ Cne Bazouges-la-Pérouse* : *A.J.D.I.* 1999, p. 808, obs. A. Lévy ; Cass. 3^e civ., 15 février 2005, n^o 01-70.211, *Contival c/ Cne Pornichet*. Jurisprudence citée par R. Hostiou, *Code de l'expropriation*, précité, p. 52.

⁴³⁶ P. Godfrin, M. Degoffe, *Droit administratif des biens*, précité, p. 427.

l'administration, engager la responsabilité de cette dernière, notamment pour illégalité fautive⁴³⁷.

Concernant, cette fois-ci, le droit de préemption⁴³⁸, il a été jugé que l'annulation « *par le juge de l'excès de pouvoir de l'acte par lequel le titulaire du droit de préemption décide d'exercer ce droit emporte pour conséquence que celui-ci doit être regardé comme n'ayant jamais décidé de préempter* »⁴³⁹. Comme en matière d'expropriation, tout transfert de propriété non encore intervenu se retrouve paralysé par l'annulation de la décision de préemption⁴⁴⁰. La collectivité titulaire du droit de préemption ne peut être considérée comme (futur) acquéreur légitime du bien illégalement préempté. Partant, elle « *ne peut valablement se voir imposer la réalisation de la vente de l'immeuble concerné* »⁴⁴¹ : la décision d'annulation l'empêche de faire valoir son droit d'acquérir par priorité le bien mis en vente par son propriétaire. La décision illégale de préemption disparaît alors définitivement et rétroactivement de l'ordonnement juridique. Elle est réputée n'être jamais intervenue. Les droits (effets) qu'elle a illégalement créés (fait naître) sont abolis. Les actes pris sur le fondement de la décision de préemption annulée ne peuvent produire aucun effet : ils se retrouvent privés de base légale après l'annulation de la décision de préemption, et doivent, par voie de conséquence, être annulés⁴⁴². Il faut effacer toutes « *les traces et les séquelles* »⁴⁴³ laissées par la préemption illégale et ramener les parties à « *la situation qui se serait développée si la décision annulée n'avait pas, en fait comme en droit, jamais existé* »⁴⁴⁴. Il faut faire comme si la collectivité publique (l'administration) avait renoncé d'elle-même à son

⁴³⁷ CAA Lyon, 26 novembre 2009, req. n° 09LY00384, *Synd. dptal équipement Ardèche c/ min. Int., Outre-mer et Collectivités territoriales*, R.D Imm. 2010, p. 197, note R. Hostiou.

⁴³⁸ C'est un droit qui « *permet à son titulaire d'acquérir par priorité un bien mis en vente par son propriétaire* », H. Jacquot, F. Priet, *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, 6^{ème} édition, p. 479.

⁴³⁹ CE, 26 février 2003, *Epoux Bour*, req. n°231558. Voir dans le même sens : CAA de Paris, 23 novembre 2006, req. n° 05PA04012.

⁴⁴⁰ Voir dans ce sens : C. Guettier, *Droit administratif des biens*, précité, n° 53.

⁴⁴¹ F. Cohet-Cordeay, *Conséquences de l'annulation d'un arrêté de préemption*, A.J.D.I., 2005, p. 939.

⁴⁴² Voir dans ce sens : CAA Paris, 19 juin 1996, req. n°s 94PA00659 et n° 95PA02200, *Cne Poissy* : « *Considérant que la délibération en date du 3 novembre 1993, par laquelle le conseil municipal de Poissy a inscrit au budget de la commune les sommes nécessaires à l'acquisition de l'immeuble qu'il autorise, a été, contrairement à ce qu'a jugé le tribunal, rapportée par la délibération du 16 décembre suivant ; que cette dernière, qui autorise le maire à signer l'acte authentique d'acquisition de la propriété des époux Y... en exécution des décisions de préemption entachées d'illégalité, est, par suite, elle-même illégale ; que la commune de Poissy n'est lors pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué du 6 décembre 1994, qui est suffisamment motivé, le tribunal administratif en a, par voie de conséquence, prononcé l'annulation* ».

⁴⁴³ R. Odent, *Contentieux administratif*, Paris 1981, Fasc. VI, p. 2043.

⁴⁴⁴ J.-F. Struillon, *Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir dans le contentieux de la préemption*, in *mélanges en l'honneur de H. Jacquot*, P.U.O., 2006, p. 547.

droit de préemption⁴⁴⁵. La décision d'annulation replace l'acquéreur évincé dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence de décision de préemption⁴⁴⁶. Le propriétaire initial peut, quant à lui, récupérer son bien et le revendre sans être tenu par les prix et les conditions qui figurent dans la déclaration d'intention d'aliéner initiale, et ce, pendant un délai d'un an à compter du jugement devenu définitif⁴⁴⁷. Durant cette période, aucune nouvelle décision de préemption ne peut intervenir au sujet du bien irrégulièrement préempté⁴⁴⁸. Une telle hypothèse est cependant « *peu fréquente : en effet, le temps de la justice administrative est un temps long par rapport au temps bref de l'action, et des contraintes administratives et le délai de jugement de la requête tendant à l'annulation de la préemption, même s'il temps à se réduire, laisse en général suffisamment de temps au titulaire du droit de préemption pour conclure le contrat de vente avec le propriétaire initial. Il faut en général plus de temps au juge pour juger qu'à l'administration pour décider* »⁴⁴⁹. Si l'annulation intervient après que le bien ait été vendu à la collectivité et transféré dans son patrimoine, selon la jurisprudence *Bour* du Conseil d'État en date du 26 février 2003 (n°231558)⁴⁵⁰, la collectivité publique, titulaire du droit de préemption, doit être regardée comme n'ayant jamais décidé de préempter. Cela implique nécessairement, sauf atteinte excessive à l'intérêt général appréciée au regard de l'ensemble des intérêts en présence⁴⁵¹, que la collectivité publique, si elle n'a pas entre-

⁴⁴⁵ C. cass. 3 civ. 22 juin 2005, req. n° 03-20.473 ; C. cass. 3 civ. 13 janvier 2010, n° 09-11.057 : « *Attendu que (...) que l'annulation de la décision de préemption étant rétroactive, la collectivité publique est alors censée avoir renoncé à préempter* », Voir également : F. Cohet-Cordeay, *Conséquences de l'annulation d'un arrêté de préemption*, A.J.D.I., 2005, p. 939.

⁴⁴⁶ CAA Paris, 1^{er} octobre 2003, Maria Dos Santos, req. n° 02PA00253, *BJDU* 2004, p.157 ; CAA Bordeaux, 9 juillet 2005, Cne de Saint-Cyr: req. n° 01BX02184.

⁴⁴⁷ Article L. 213-8, 4^{ème} alinéa du code de l'urbanisme. Voir dans ce sens : C. Guettier, *Droit administratif des biens*, précité, n° 53.

⁴⁴⁸ L'interdiction faite à la commune de préempter à nouveau le bien dont la préemption a été annulée n'empêche pas, cependant, la commune d'acquérir ce même bien par voie amiable : CAA Douai, 30 décembre 2003, *Comité de défense du contribuable de Jeumont*, req. n° 00DA01073: *Constr.-Urb.* 2004, no 65, obs. Benoit-Cattin.

⁴⁴⁹ F. Dieu, *Le juge administratif et le juge judiciaire face à l'annulation des décisions de préemption – Des inconvénients du dualisme juridictionnel, construction et urbanisme*, novembre 2010, étude n° 15.

⁴⁵⁰ Voir dans le même sens : CAA de Paris, 23 novembre 2006, req. n° 05PA04012.

⁴⁵¹ CE, 31 janvier 2007, *SARL Maia*. Dans cette affaire, le Conseil d'État annule pour incompétence la décision du président de l'Établissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines de préempter un terrain bâti situé dans une zone d'aménagement différé (ZAD). L'acquéreur évincé, la SARL Maia, ayant demandé au juge d'enjoindre à l'Établissement public d'aménagement de lui céder le bien illégalement préempté, ses conclusions sont rejetées au motif qu'une voie publique a été réalisée sur le bien et que la suppression de cet ouvrage apporterait à l'intérêt général une atteinte excessive : « *Considérant qu'il résulte de l'instruction que le bien objet du litige a, après son acquisition, subi des aménagements substantiels et été affecté à la réalisation d'une voie publique ; qu'eu égard à l'importance de cette voie et au projet des requérants, la remise en cause de la destination donnée à ce bien apporterait à l'intérêt général une atteinte excessive qui ne serait pas justifiée par l'intérêt qui s'attache à la disparition des effets de la décision annulée ; que, par suite, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de rejeter les conclusions des requérants tendant à ce qu'il soit enjoint au titulaire du droit de préemption de leur proposer d'acquérir le bien illégalement préempté* ». Voir G. Godfrin, *Conséquences pour l'acquéreur évincé de l'annulation de la décision de préemption*, *Construction - Urbanisme* n° 5, Mai 2007, comm. 106.

temps cédé le bien illégalement préempté, « *prenne toute mesure afin de mettre fin aux effets de la décision annulée* ». Concrètement, deux obligations pèsent sur elle: celle « *de s'abstenir de revendre à un tiers le bien illégalement préempté* » et celle de « *proposer à l'acquéreur évincé puis, le cas échéant, au propriétaire initial d'acquérir le bien, et ce, à un prix visant à rétablir autant que possible et sans enrichissement sans cause de l'une quelconque des parties les conditions de la transaction à laquelle l'exercice du droit de préemption a fait obstacle* »⁴⁵². Enfin, si le bien illégalement préempté a été cédé (revendu) par la collectivité, l'annulation de la décision de préemption n'a pas dans ce cas d'effet direct sur la vente du bien par la collectivité. Elle n'entraîne pas l'annulation, par voie de conséquence, de la décision de la collectivité de céder le bien à un tiers⁴⁵³. Le contrat de vente « *fait écran entre la décision de préemption annulée et la décision de revente du bien* »⁴⁵⁴, et le recours contre ce contrat devient *ipso facto* non recevable. Dès lors, seul le juge des contrats sera compétent pour statuer sur le sort de la vente formée entre la collectivité et l'acheteur⁴⁵⁵.

Ce point précisé, on voit que le caractère très net du recours pour excès de pouvoir se révèle dans cette capacité à provoquer chez l'administration la rétractation de l'acte attaqué, rétractation qui semble amener une situation très simple « *le retour à l'état de choses antérieur* », disait Jacques Allier⁴⁵⁶.

⁴⁵² CE, 26 février 2003, *Epoux Bour*, n°231558, précité. Ce prix doit notamment prendre en compte les éventuelles modifications apportées au bien consécutivement à l'exercice de la préemption litigieuse (CE, 29 décembre 2004, *SCI Desjardins JB*, n°25985). Et s'il y a lieu, il peut être majoré du coût des travaux indispensables à la conservation du bien que la collectivité publique a supporté et de la variation de la valeur vénale du bien consécutive aux travaux utiles d'amélioration ou de démolition réalisés par la collectivité publique à la suite de la préemption litigieuse et, d'autre part, en cas de dégradation du bien, être diminué des dépenses que l'acquéreur devrait exposer pour remettre le bien dans l'état dans lequel il se trouvait initialement. En revanche, il n'y a pas lieu de tenir compte, dans la fixation de ce prix, des facteurs étrangers à la consistance et à l'état du bien qui ont modifié sa valeur vénale, notamment la modification des règles d'urbanisme qui lui sont applicables et les évolutions du marché immobilier postérieures à la décision de préemption (CE, 31 décembre 2008, *Pereira Dos Santos Maia*, n° 293853).

⁴⁵³ CE, 26 novembre 2001, *Cne de la Teste-de-Buch*, req. n° 222211, *Rec. p. 583, R.F.D.A 2002*, p. 197 : « *les décisions par lesquelles une commune préempte un bien puis le revend, entre lesquelles s'interpose l'acte authentique opérant le transfert de propriété, dont la nullité ne peut être contestée que par le juge du contrat, ne forme pas entre elles un ensemble indissociable qui justifierait que l'annulation de la première entre par voie de conséquence l'annulation de la seconde* ».

⁴⁵⁴ F. Dieu, *Le juge administratif et le juge judiciaire face à l'annulation des décisions de préemption. - Des inconvénients du dualisme juridictionnel, Construction - Urbanisme* n° 11, novembre 2010, étude 15.

⁴⁵⁵ Cependant, si l'acquéreur évincé veut empêcher temporairement la vente du bien préempté, il doit assortir sa demande en annulation d'une demande parallèle de suspension. Cela lui permettra alors d'éviter les effets tardifs du jugement d'annulation. Le juge du référé suspension peut par exemple enjoindre à la collectivité de s'abstenir d'exercer tout acte de disposition ou tout acte pouvant conduire à rendre la préemption irréversible (CE, 23 juin 2006, n° 289549, *Sté Actilor* n° 289549). En effet, le juge administratif ne peut « *prescrire, consécutivement à l'annulation de la préemption, de mesures tendant à la remise en cause de la vente du bien* ».

⁴⁵⁶ J. Allier, *De l'obéissance due par l'administration de la chose jugée*, thèse Paris, 1923, p. 30.

Ce retour à l'état des choses antérieur peut s'avérer paralysant, lourd de conséquences et source de grandes difficultés aussi bien pour l'administration, que pour les bénéficiaires d'autorisations, et cela pendant des mois, voire plusieurs années⁴⁵⁷. Peuvent en effet en résulter des procédures particulièrement longues et coûteuses, qu'il faudra recommencer où, à défaut, enterrées à jamais. « *Des politiques locales d'urbanisme [seront ainsi] susceptibles d'être remises en cause, des chantiers peuvent connaître d'importants retards. Aussi les conséquences à tirer de l'anéantissement d'un acte d'urbanisme sont-elles rapidement devenus un enjeu majeur du contentieux de l'urbanisme : en ce domaine, plus qu'en un autre peut-être, ou tout au moins avec un relief particulièrement accentué, l'incertitude n'est pas acceptable* »⁴⁵⁸.

Le contrat (notamment de vente) conclu entre les parties (la collectivité et le propriétaire) se retrouve anéanti rétroactivement⁴⁵⁹. Cela emporte résolution *ab initio* de la vente et du transfert de propriété, lequel doit être réputé n'être jamais intervenu⁴⁶⁰. L'administration (la collectivité) sera alors dépossédée du bien qu'elle a illégalement préempté ou exproprié, et le propriétaire (vendeur) obligé de restituer la somme d'argent qu'il a reçue⁴⁶¹. Le juge administratif peut, après avoir annulé la décision de préemption, enjoindre à la commune de saisir le tribunal judiciaire pour faire constater la nullité du contrat⁴⁶².

Une telle situation peut s'avérer particulièrement délicate, dès lors que la décision de préemption, de nature administrative, s'insère dans un processus de droit privé et que, la plupart du temps, son annulation intervient après que le bien ait été transféré à la collectivité. Le risque est grand que le contrat conclu entre le vendeur et la collectivité ait donné naissance à des situations juridiques nouvelles, difficilement réversibles⁴⁶³. Dès lors, on ne voit pas comment on peut « ... raisonnablement venir forcer la commune, quatre ou cinq après, à

⁴⁵⁷ R. Hostiou, J.-F. Struillou, *Expropriation et préemption, Litec*, 3^{ème} édition, n° 704 s

⁴⁵⁸ H. Jacquot, F. Priet, *Droit de l'urbanisme, Dalloz*, 6^{ème} édition, n° 803.

⁴⁵⁹ C. Cass. 3. civ, 22 juin 2005, req. n° 03-20.473 : « *Qu'en statuant ainsi, alors que l'annulation de la décision de préemption étant rétroactive, la commune était censée avoir renoncé à préempter ...* » ; C. Cass. 3. civ, 13 janvier 2010, req. n° 09-11.057 : « *Attendu que (...) l'annulation de la décision de préemption étant rétroactive, la collectivité publique est alors censée avoir renoncé à préempter...* ».

⁴⁶⁰ D. Dutrieux, *Conséquences de l'annulation de la décision de préemption*, CA Paris, 18 mars 2004, Garnet c/ *Hotelin, Construction - Urbanisme* n° 9, Septembre 2004, comm. 169.

⁴⁶¹ F. Dieu, précité.

⁴⁶² TA. Lyon, 24 avril 1996, *Cartayrade*, T. p. 1109, *BJDU* 1996, n° 6, p. 338, concl. J.-P. Martin et obs. critiques J.-Cl. Bonichot : « *Tribunal administratif ayant annulé pour motivation insuffisante une décision de préemption. Le délai de deux mois étant écoulé, la commune ne peut plus exercer ce droit. Le terrain ayant été acheté par la commune, injonction à la commune de faire constater par le juge judiciaire la nullité de la vente* ».

⁴⁶³ A. Courrèges, conclusions sur CE, Sect., 31 décembre 2008, *MM. Aires et Claudio Pereira Dos Santos Maia*, req. n° 293853, *RFDA* 2009 p. 101.

attaquer son vendeur en annulation d'une vente qu'il n'a pas contesté et en vertu d'un procès auquel il aurait été totalement extérieur... ? »⁴⁶⁴.

La responsabilité de la commune peut également être engagée en cas de préemption illégale et ce, même si, en définitive, elle renonce à acquérir⁴⁶⁵.

En résumé, s'il est aisé d'affirmer, par un simple considérant, qu'une déclaration d'utilité publique ou une décision de préemption annulée par le juge est réputée n'avoir jamais existé, l'envisager dans la pratique reste toujours une chose particulièrement difficile. Car, *« c'est une chose que d'affirmer " sur le papier" que le transfert de propriété illégalement effectué dans le cadre d'une procédure d'expropriation -et annulé en conséquence et ce ab initio- doit être considéré comme n'étant jamais intervenu et c'est indubitablement une autre que de donner une traduction concrète à cette affirmation, de manière à ce que l'exproprié illégalement privé de son bien soit en mesure de recouvrer non seulement la propriété " théorique" »⁴⁶⁶.*

L'interdiction faite à l'administration de ne rien faire qui soit en contradiction avec la décision d'annulation s'assouplit et se nuance dès que de nouveaux motifs peuvent être invoqués et justifier la décision attaquée⁴⁶⁷, ou encore lorsqu'il y a un changement dans les circonstances soit de fait soit de droit qui seraient intervenues depuis la décision initiale, pour reprendre la même décision⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴ J.-C. Bonichot, obs. ss. TA Lyon, 24 avril 1996, *M. Georges Cartayrade*, *BJDU* 5/1996, p. 338.

⁴⁶⁵ CE, 15 mai 2006, *Commune de Fayet*, n° 266495 : *« Considérant qu'à l'issue d'une procédure de préemption qui n'a pas abouti, le propriétaire du bien en cause peut, si la décision de préemption est entachée d'illégalité, obtenir réparation du préjudice qui lui a causé de façon diRec.te et certaine cette illégalité »*.

⁴⁶⁶ R. Hostiou, *Le droit de l'expropriation et les exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, note sous CE, 3 septembre 2007, *Association de sauvegarde du droit de propriété et autres*, req. n°s 282488, 282385, *R.F.D.A* 2007 p. 1175.

⁴⁶⁷ CE, 14 mai 1997, *Delaunay*, *Rec. p.* 1017.

⁴⁶⁸ CE, 13 février 2006, *Sté De Longhi spa*, *Rec. p.* 70. Voir dans ce sens, M. Guyomar, B. Seiller, *Contentieux administratif*, Dalloz, 2^{ème} édition, n° 976.

B. Une administration obligée de se rétracter : l'annulation lui impose un « devoir positif »

Après avoir mis un terme au litige, la chose jugée peut venir, dans certains cas, substituer à l'obligation primitive (celle de ne pas contredire la chose jugée), l'obligation de reconstruire ce qui a été mal fait. La décision d'annulation va ainsi créer, à la charge de l'administration, un « *devoir positif* ». Cela signifie que des mesures concrètes, implicitement ou explicitement énumérées dans le dispositif d'annulation, seront exigées d'elle, afin de rétablir les choses dans l'état où elles se trouvaient si la décision annulée n'avait perturbé leur cours vraisemblable. Il s'agit là de l'aspect complémentaire de l'autorité de la chose jugée : « *chacun, en ce qui le concerne, appliquera les conséquences logiques de la constatation faite par le juge* »⁴⁶⁹.

Concrètement, cela implique le devoir, pour l'autorité administrative, de remettre les choses dans l'état, afin de « *rétablir intégralement la situation juridique antérieure à l'acte annulé. Ce faisant, elle aura même la possibilité de prendre des mesures rétroactives afin d'aboutir à un véritable resitutio in integrum* »⁴⁷⁰.

La remise en l'état des choses antérieures, imposée par le jugement d'annulation, repose cependant sur la distinction fondamentale suivante : ou bien l'acte administratif critiqué et que le juge vient d'annuler n'a pas laissé de vide juridique ; ou bien, au contraire, il a laissé un vide juridique. Dans la première hypothèse, c'est-à-dire lorsque l'annulation prononcée n'a pas laissé de vide juridique, la disparition de l'acte litigieux suffit en principe à elle seule à rétablir la marche régulière de l'autorité administrative et à faire rentrer son action dans la légalité⁴⁷¹. Le respect de la chose jugée ne suppose donc aucune mesure d'exécution présentant des difficultés particulières⁴⁷². Concrètement, un acte administratif a intégré irrégulièrement l'ordonnement juridique ; le jugement d'annulation vient l'expulser d'une façon rétroactive et définitive. Les choses retrouvent ainsi d'une façon automatique leur cours normal.

⁴⁶⁹ G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 3^{ème} édition T. 1, réédition Dalloz, 2005, p. 255.

⁴⁷⁰ J.-M. Auby, R. Drago, *Traité des recours en matière administrative*, précité, n° 377.

⁴⁷¹ A. Weber, *Le contentieux de l'annulation en matière administrative et les solutions nouvelles de la jurisprudence*, thèse Caen 1909.

⁴⁷² G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, T. 2, précité, p. 355.

À la suite de son annulation, l'acte critiqué est considéré comme n'ayant jamais existé ou encore comme n'ayant jamais intégré l'ordonnement juridique. Le juge va alors mettre « *un point final à l'affaire aussi bien sur le plan administratif que sur le plan contentieux. L'administration n'a à prendre aucune initiative* »⁴⁷³. Ce premier cas de figure est facile à comprendre et ne nécessite pas de développements particuliers. Deux exemples suffisent à illustrer nos propos. Ainsi, ne laisse pas de vide juridique et ne suppose pas de mesures particulières l'annulation par juge d'un arrêté municipal interdisant le stationnement sur une place de la commune. L'annulation suffit à elle seule à remettre les choses dans l'état d'avant l'arrêté illégal, et les habitants de la commune peuvent à nouveau stationner sur cette même place. De même, ne nécessite pas de mesure particulière l'annulation par le juge d'une décision administrative qui s'est substituée illégalement à une autre décision administrative. L'annulation remet automatiquement en vigueur la décision initiale, qui redevient par conséquent applicable pour l'avenir. Dans la deuxième hypothèse, c'est-à-dire lorsque la décision d'annulation a créé un vide juridique, l'administration se retrouve placée dans une position de compétence liée, en ce sens qu'elle est tenue d'agir, souvent par un acte contraire à l'acte annulé⁴⁷⁴, afin de « *combler ce vide dans un délai raisonnable en réexaminant les situations juridiques que cette annulation a affectées et en les régularisant, compte tenu de ce que la décision d'annulation a jugé* »⁴⁷⁵. Aussitôt intervenu, le jugement d'annulation suppose, d'une part, que l'administration édicte une nouvelle décision, cette fois-ci régulière, qui viendra se substituer à celle dont l'annulation a été décidée, et, d'autre part, que soient révisées rétroactivement toutes les situations (conséquences) juridiques intervenues depuis l'édition de cette décision. Cette révision doit porter sur toutes ces situations, alors même qu'elles n'auraient pas fait ou qu'elles n'auraient pas fait en temps utile l'objet d'un recours contentieux⁴⁷⁶. Une telle révision est « *pour l'autorité compétente une obligation juridique stricte dont la méconnaissance constitue un excès de pouvoir et pour le respect de laquelle*

⁴⁷³ R. Odent, *Contentieux administratif*, réédition, T. 2, précité, p. 599.

⁴⁷⁴ Voir dans ce sens, G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, T. 2, précité, p. 356.

⁴⁷⁵ R. Odent, *Contentieux administratif*, T. 2, précité, p. 599.

⁴⁷⁶ Voir dans ce sens l'exemple de l'annulation d'un tableau d'avancement : CE, 8 mai 1961, *Payol*, *Rec.* p. 1071 ; CE, Sect., 14 juin 1967, req. n^{os} 61742 et 62191. Ainsi « *pour assurer l'exécution de la décision ainsi intervenue, le ministre était tenu, d'une part, d'établir dans des conditions régulières un nouveau tableau d'avancement substitué à celui dont l'annulation avait été décidée et, d'autre part, de réviser rétroactivement toutes les nominations et promotions intervenues depuis 1955 dans le cadre des ingénieurs-hydrographes, dans la mesure où leur intervention avait été la conséquence directe ou indirecte de l'irrégularité dont le tableau d'avancement en question était entaché ; que cette révision devait porter sur toutes les nominations et promotions intervenues, alors même qu'elles n'auraient pas fait ou qu'elles n'auraient pas fait en temps utile l'objet d'un recours contentieux* ».

*cette même Administration a non seulement le droit mais le devoir de prendre des dispositions rétroactives »*⁴⁷⁷.

L'exemple le plus typique, où s'illustre ce devoir positif qui pèse sur l'autorité administrative après un jugement d'annulation, est fourni par le contentieux de la fonction publique, « véritable laboratoire d'expérience (...) pour le contentieux administratif tout entier », selon le Professeur Weil⁴⁷⁸. En effet, par une jurisprudence aujourd'hui devenue classique (C.E., 26 décembre 1925, *Rodière*, Rec., 1065)⁴⁷⁹, le Conseil d'État a fixé « dans des termes explicites et péremptaires qui, contrairement à sa méthode habituelle, débordent largement l'espèce et ont l'allure doctrinale d'un arrêt de principe, les pouvoirs et les devoirs de l'administration à la suite d'une annulation contentieuse intervenue en matière de fonction publique »⁴⁸⁰. À savoir, qu'« à la suite de décisions prononçant l'annulation de nominations, promotions, mises à la retraite, révocations de fonctionnaires, l'Administration qui, pendant toute la durée de l'instruction du pourvoi, a pu accorder des avancements successifs aux fonctionnaires irrégulièrement nommés, ou a pourvu au remplacement des agents irrégulièrement privés de leur emploi, doit pouvoir réviser la situation de ces fonctionnaires et agents pour la période qui a suivi les actes annulés. Qu'elle est tenue de restituer l'avancement à l'ancienneté dans les conditions prévues par les règlements ; que, pour l'avancement au choix, elle doit pouvoir procurer aux intéressés, en remplacement d'avancements entachés d'illégalité, un avancement compatible tant avec la chose jugée par le conseil qu'avec les autres droits individuels (...) qu'il appartient à l'administration de procéder à un examen d'ensemble de la situation du personnel touché, directement ou indirectement, par l'arrêt du Conseil d'État et de prononcer, dans les formes régulière et sous le contrôle dudit Conseil statuant au contentieux, tous reclassement utile pour reconstituer la carrière du fonctionnaire dans les conditions où elle peut être réputée avoir dû normalement se poursuivre si aucune irrégularité n'avait été commise ; ».

⁴⁷⁷ R. Odent, conclusions sous, CE, Ass., 27 mai 1949, *Véron-Reville*, Rec. p. 246, *Gaz. Pal.* 10 juin 1949.

⁴⁷⁸ P. Weil, thèse précitée, p. 8.

⁴⁷⁹ *Idem.*

⁴⁸⁰ *G.A.J.A.*, note arrêt *Rodière* 26 décembre 1925, n° 40, P. n°1.

Ce principe posé, il en résulte, en ce qui concerne l'annulation d'une révocation, le devoir juridique pour l'administration de replacer l'agent illégalement révoqué dans ses précédentes fonctions⁴⁸¹, mais aussi dans le grade, classe et emploi qui lui sont reconnus⁴⁸².

Les obligations de l'administration ne s'arrêtent pas là. Cette dernière devra également reconstituer la carrière de l'agent⁴⁸³ telle qu'elle se serait poursuivie si la révocation illégale n'était pas intervenue⁴⁸⁴, et ce avec le rythme d'avancement qui était le sien avant son éviction⁴⁸⁵. L'intéressé doit être mis à même de se présenter à un examen professionnel, lorsque ce mode de promotion est prévu par son statut⁴⁸⁶. Ce qui implique, au titre de cette reconstitution, la restitution de ses droits sociaux, notamment ses droits à pension⁴⁸⁷ de retraite, qu'il aurait acquis en l'absence de l'éviction illégale et, par suite, le versement par

⁴⁸¹ A condition qu'il n'y ait pas eu entre temps d'événement qui rende impossible cette réintégration effective, tel que la limite d'âge, l'inaptitude physique définitive (CE, sect., 31 déc. 1959, *Ville de Saint-Denis c. Loubigna*, Rec.p.727), la perte de nationalité française, une condamnation interdisant d'exercer un emploi public...), ou que l'emploi dont l'intéressé a été évincé était un emploi unique qui a été supprimé.

⁴⁸² CE, Ass., 13 juillet 1962, *Sieur Bréart de Boisanger*, Rec. p. 484, D. 1962, p. 664, concl. Henry, A.J.D.A., 1962, p. 549, chron. Galbert et Gentot. Dans cette affaire, le sieur de Boisanger, nommé pour six ans administrateur de la Comédie-Française, avait été révoqué par le gouvernement, avant l'expiration de ce délai. Le Conseil d'État annula le décret de révocation, Boisanger ne s'étant rendu coupable d'aucune faute justifiant une sanction disciplinaire (CE, 27 octobre 1961, Rec. p. 595) et le décret lui nommant un successeur (CE, 1^{er} décembre 1961, Rec. 676). Alors que le gouvernement avait l'obligation de réintégrer de Boisanger dans ses fonctions. Mais, par un décret du 10 janvier 1962, à portée réglementaire celui-là, il modifia le statut de l'administrateur de la Comédie-Française en prévoyant la possibilité pour le gouvernement de le révoquer discrétionnairement, c'est-à-dire à tout moment par une décision non motivée. En application de ce texte, et dix-neuf jours après, le sieur de Boisanger fut révoqué une nouvelle fois par un décret individuel. Ce dernier a saisi ensuite le Conseil d'État, la Haute juridiction annula à la fois le décret réglementaire du 10 janvier 1962 et, par voie de conséquence, le décret du 29 janvier le révoquant. Voir également dans ce sens : CE, Sect., 13 mars 1959, *Nègre*, Rec. p. 179 ; CE, 29 décembre 1995, *Kavvadias*, Rec. p. 447 ; CE, 15 mars 1996, req. n° 146326, *Guignon* ; CE, 25 mars 1996, *Cne de Saint-François c/Mme Picard*, Dr. ad, 1996, n° 327.

⁴⁸³ Par Rec.onstitution de carrière de l'agent illégalement évincé, il faut entendre, selon la circulaire n° 1471 du 24 juin 1982 relative à la Reconstitution de carrière : « l'ensemble des actes qui doivent être pris en vue de rétablir la situation d'un fonctionnaire qui a fait l'objet d'une mesure irrégulière ayant eu pour effet de lui causer un préjudice de carrière ».

⁴⁸⁴ La Reconstitution de carrière de l'agent devait être faite « de telle manière qu'il obtint, par comparaison avec la situation de ses collègues demeurés en activité, la réparation du préjudice de carrière qu'il avait subi ; que cette réintégration devrait avoir pour objet de replacer dans la situation qu'il aurait eue, compte tenu des promotions normales s'il n'avait pas été l'objet d'une mesure d'éviction du service », CE, 8 janvier 1958, Rec. p. 12. Le juge tient compte des possibilités d'avancement au choix (CE, 13 juillet 1956, *Caubel*, Rec. T. p. 697 ; CE, 4 janvier 1960, *Guillot*, Rec. p. 4) ou des chances de réussite dans un concours (CE, 13 juillet 1956, *Barbier*, Rec. p. 338, A.J.D.A., 1956, 2, p. 386 note Long).

⁴⁸⁵ À la condition, bien évidemment, que l'intéressé n'a pas été atteint, postérieurement à son éviction, par la limite d'âge (CE, Sect., 31 décembre 1959, *Loubignac*, Rec. p. 727). Dès lors, l'obligation de Reconstitution de carrière qui découle de l'annulation par le juge de la décision de licenciement prend nécessairement fin à la date de son départ à la retraite (CE, 23 décembre 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Nimes-Bagnols-Uzès-Le Vignan*, Rec. p. 674, A.J.D.A. 2012, p. 1294, note E. Aubin, R.D.P. 2012, p. 498, note Pauliat, G.A.J.A., note arrêt Rodière.

⁴⁸⁶ CE, 11 mars 2009, *Wada*, Rec. p. 798. Voir dans ce sens : G.A.J.A., note arrêt Rodière. De même que l'annulation pour erreur manifeste d'une décision rejetant sa demande de promotion implique nécessairement qu'une promotion lui soit accordée à compter de la date à laquelle cette demande aurait normalement dû être accordée : CE, 15 février 2013, *M. Soulfour c/ Ministre de l'Intérieur*, req. n° 351340.

⁴⁸⁷ CE, 7 octobre 1998, *Bousquet*, Rec.T. p. 1112.

l'administration des cotisations nécessaires à cette reconstitution⁴⁸⁸, la liquidation et le paiement du rappel qui lui est dû au titre de la nouvelle bonification indiciaire à compter de la date à laquelle il pouvait prétendre à cet avantage⁴⁸⁹. Et s'il a été illégalement muté, l'autorité compétente a compétence liée pour « *replacer l'intéressé, à la date de sa mutation, dans l'emploi qu'il occupait précédemment et à reprendre rétroactivement les mesures nécessaires pour le placer dans une position régulière* »⁴⁹⁰. Enfin, la réintégration de l'agent illégalement évincé doit intervenir d'office⁴⁹¹, sans qu'une demande en ce sens soit nécessaire⁴⁹², et sans que l'administration soit invitée à le faire⁴⁹³. Elle doit avoir lieu aussitôt que possible, compte tenu des « *nécessités de la gestion normale des personnels* »⁴⁹⁴; elle s'effectue à la date de la décision d'éviction annulée par le juge et donne lieu à l'application des textes en vigueur à la date de la décision annulée⁴⁹⁵ et non de ceux en vigueur au moment où il est statué à nouveau⁴⁹⁶. Et « *ce n'est que dans ces conditions que l'on pourra considérer que la remise en l'état a fait disparaître rétroactivement les effets produits par l'acte illégal* »⁴⁹⁷.

⁴⁸⁸ CE, 23 décembre 2011, *Poirot*, n° 324474, A.J.D.A., 2012, p. 1294, note E. Aubin. Voir également : CE, 25 février 1998, *Commune de Brives-Charensac c/M. Arnaud*, n° 158661, *Rec.t.* p. 116 ; CE, 13 avril 2005, *France Télécom*, req. n° 250646.

⁴⁸⁹ C.A.A Lyon, 18 décembre 1998, req. n° 96LY00934, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Mme Machelet*.

⁴⁹⁰ CE, 29 octobre 2012, req. n° 348341 ; CE, 22 mai 2002, *Pinte*, req. n° 221856, pour une mesure de mise à la retraite d'office ; CE, Sect., 27 mai 1977, *Loscos*, req. n° 93920, *Rec. p.* 249.

⁴⁹¹ En effet, « *Lorsqu'un un fonctionnaire est irrégulièrement révoqué, le retrait la révocation n'est pas seulement légal ; il est encore une véritable obligation juridique pour l'auteur de la mesure, qui est tenu d'effectuer une restitutio in integrum* », R. Alibert, précité, p. 327.

⁴⁹² CE, 9 février 1955, *Commune de Joinville-le-pont*, *Rec. p.* 79.

⁴⁹³ CE, 5 juillet 2004, *Lescure*, *Rec.T.* p. 838.

⁴⁹⁴ Sinon l'administration est en faute, ce qui ouvre droit à l'indemnité au fonctionnaire laissé inactif : CE, 9 avril 1999, *Rochaix* (indemnisation du préjudice moral subi par l'intéressé). Voir dans ce sens R. Chapus, *Droit administratif*, T. 2, précité, n° 272.

⁴⁹⁵ CE, Sect. 8 mars 1963, *ministre de l'Agriculture c/ Pradel*, *Rec.* p. 164 ; sect. 10 avril 1964, *Clinique de Chablais*, *Rec.p.* 215, *R.D.P.*, 1964, p. 795, note Waline ; CE, Sect., 15 juillet 1964, *Sté papeteries Metenet*, *Rec. p.* 437, *R.D.P.*, 1965, p. 91, concl. M. Bernard ; CE, 1^{er} juillet 1970, *ministre de l'Intérieur c/ Dame Petricq Hors*, *Rec. p.* 477 ; CE, 8 mai 1974, *ministre de l'Éducation nationale c/ Association des administrateurs civils du ministre de l'Éducation nationale*, *Rec. p.* 273.

⁴⁹⁶ CE, 13 juillet 1965, *Ministre des Postes et Télécommunications c/ Merklng*, *Rec. p.* 424, *Rev. Adm.* 1966, p. 146, concl. Braibant.

⁴⁹⁷ J. Carbajo, *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, thèse, précitée, p. 81.

C. Une annulation rétroactive critiquable

En restant dans une pure hypothèse théorique, ce raisonnement nous paraît tout à fait convaincant. Il exprime certainement un sentiment de bienveillance pour un fonctionnaire durement et injustement frappé par une révocation. La remise, pour lui, des choses en l'état est alors « *une solution rationnelle. Un agent public a été illégalement désinvesti, révoqué, destitué, mis en réforme, etc. Il convient que les choses soient, si possible et autant que possible, remises, pour le fonctionnaire, dans l'état où elles seraient si la décision de destitution n'était pas intervenue* »⁴⁹⁸. De cette révocation irrégulière, rien ne doit donc rester. C'est là, semble-t-il, une conséquence parfaitement logique.

Toutefois, dès l'instant où cette solution est envisagée d'une façon concrète, on peut raisonnablement douter que l'on puisse anéantir aussi facilement, par un simple considérant du Conseil d'État, les effets passés d'une révocation, présumée régulière⁴⁹⁹, prononcée et exécutée des mois –voire des années– avant qu'un juge constate son irrégularité⁵⁰⁰. La décision administrative (en l'espèce une révocation) irrégulière, avant que le recours en annulation n'ait pu aboutir, a déjà été exécutée et donnée lieu à une situation juridique absolument nouvelle, que l'autorité de la chose décidée a immédiatement incorporée à l'ordonnement juridique. L'affirmation que l'acte annulé est réputé n'avoir jamais existé se révèle une formule quelque peu « *exagérée* »⁵⁰¹. En effet, si, en pure logique, toutes les conséquences juridiques que la décision irrégulière a produites doivent disparaître, cette disparition ne pourra remettre exactement les choses en l'état où elles se trouvaient avant l'intervention de la décision annulée. On se heurte à cette constatation : il existe des situations de fait très délicates à anéantir et que la « *logique fiction* » de la rétroactivité ne peut atteindre complètement. De plus, il pourrait en résulter des inconvénients forts graves, que ni l'administration, ni des tiers ne pourront supporter.

⁴⁹⁸ G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, réédition Dalloz 2004, T. 2, p. 650.

⁴⁹⁹ Le recours pour excès de pouvoir n'est pas en principe suspensif. L'administration bénéficie du privilège du préalable. Son action est présumée légale tant qu'un jugement d'annulation n'était pas intervenu pour dire le contraire.

⁵⁰⁰ Tel a été par exemple le cas dans l'affaire *Rodière* jugée par le Conseil d'État le 13 mars 1925. La Haute juridiction a annulé des décisions irrégulières prises le 3 août 1920, le 31 décembre 1921, le 10 janvier 1922, le 27 août 1923, les 2 et 10 novembre 1923. Près de cinq ans se sont donc écoulés entre la première décision irrégulière et l'arrêt d'annulation. Un retard très important dans le jugement a été également constaté dans l'arrêt *Lugan et Sté Strasbourg* du 10 octobre 1997, req. n° 134766 : le Conseil d'État a été saisi les 2 mars 1992 et 2 juillet 1992, et il a rendu sa décision plus de cinq ans plus tard.

⁵⁰¹ G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, T. 2, précité p.530.

Voir dans la révocation annulée un pur néant deviendrait, par conséquent, difficilement acceptable. En effet, pendant l'absence du fonctionnaire révoqué, l'administration a dû réorganiser le service dans lequel il avait été affecté, procéder à de nouvelles nominations pour le remplacer. La réintégration de cet agent, dont la révocation a été annulée, ne manquera, point par conséquent, de bouleverser la structure du service précédemment réorganisé. Plus encore, il pourrait en résulter pour des tiers, et notamment pour le successeur de l'agent révoqué, des inconvénients aux conséquences catastrophiques. En effet, dans certains cas, la réintégration de l'agent évincé s'effectue « *dans l'emploi même qu'il occupait, au besoin après retrait de l'acte portant nomination du fonctionnaire irrégulièrement désigné pour le remplacer* »⁵⁰².

Une telle hypothèse a été illustrée par le Conseil d'État dans son arrêt d'assemblée *Véron-Réville* en date du 27 mai 1949⁵⁰³. Dans cette affaire, le sieur *Véron-Réville*, magistrat du siège, avait été nommé, pour tenir compte d'une décision de réintégration de la Haute juridiction, non pas au poste même qu'il occupait auparavant dans la ville de Bordeaux, celui-ci ayant été pourvu entretemps, mais à un poste équivalent dans une autre ville, qui était celle de Limoges. Sur pourvoi de l'intéressé, le ministre fit valoir que le poste litigieux n'étant plus vacant, l'inamovibilité des magistrats du siège s'opposait à ce que l'intéressé soit réintégré à ce même poste. Le Conseil d'État en a décidé autrement, en jugeant que la première décision d'annulation « *comportait nécessairement l'obligation pour l'administration de le réintégrer dans ce même emploi à la date où il en avait été illégalement privé. Qu'à défaut de poste vacant audit tribunal lors de la réintégration du sieur Véron-Réville, il incombait à l'autorité compétente de provoquer cette vacance en rapportant le décret qui avait désigné le successeur du requérant* ».

Cette jurisprudence avait l'inconvénient de sacrifier l'intérêt des tiers étrangers aussi bien à la révocation qu'à son annulation. Ces deniers n'avaient alors ni qualité pour saisir le juge afin de contester cette annulation, ni droit pour former un recours pour excès de pouvoir contre le retrait de leur nomination ou promotion. La décision d'annulation a donc eu des conséquences sur eux par voie de conséquence. Ils ne pouvaient, en aucun cas, exciper d'un

⁵⁰² CE, 10 novembre 1967, *Ministre de l'éducation nationale c/Delle Rabdeau*, Rec. p. 424, A.J.D.A 1968, p. 410, note VS. Voir également : CE, 1^{er} décembre 1961, *Bréart de Boisanger*, précité ; CE, Sect., 8 avril 2009, *Chambre des métiers et de l'artisanat de la Moselle*, req. n° 289314 ; CE, 26 juin 2009, *Ministre de la santé et des solidarités c/ Dargegen*, n° 296911, Rec.T., p. 817.

⁵⁰³ Rec. p. 246, *Gaz. Pal.* 1949.2.34, concl. R. Odent, S. 1949.3.81, note Delpech, D. 1950. 95, note Rolland; R.A 1949. 372, note Liet-Veaux.

droit à conserver leur poste⁵⁰⁴. Mesure non disciplinaire, le retrait de leur nomination ou promotion était la conséquence nécessaire de l'arrêt d'annulation⁵⁰⁵.

Que la décision d'annulation produise son plein effet pour l'agent illégalement révoqué, il n'y a rien de plus normal, mais vouloir en faire subir le « *contre-coup* »⁵⁰⁶ à des tiers, qui n'ont rien à se reprocher, est véritablement assez curieux. C'était donner, dans ce cas, la primauté à un raisonnement purement machinal, que toute personne, même non juriste, peut faire, par rapport à une véritable argumentation juridique, ce qui est absolument incompatible avec la fonction juridictionnelle.

Sur ce problème déjà délicat de la reconstitution de la carrière d'un agent public et de sa réintégration effective dans le service vient désormais se greffer une autre difficulté : la nécessaire préservation de la sécurité de la fonction publique. Des agents devront abandonner leur poste, pour que l'on puisse y réintégrer l'agent qui a obtenu l'annulation de sa révocation, rendant ainsi la solution encore plus malaisée. Où serait, dans ce cas, la sécurité juridique, si, en acquérant un droit (nomination ou promotion), un fonctionnaire restait toujours dans l'incertitude de le conserver en craignant une application aveugle d'une annulation ? N'est-il pas excessif d'affirmer que l'annulation doit toujours avoir un tel effet ? Est-il bien raisonnable d'effacer sans discernement tout ce qui s'est produit entre la décision de révocation et son annulation par le juge ? N'est-ce pas priver –injustement– un fonctionnaire de son droit, notamment, au bénéfice d'une promotion à l'ancienneté, dont il aurait certainement bénéficié s'il n'avait pas été promu irrégulièrement ? Convient-il de lui infliger une pénalité ou un retard dans sa carrière, en raison d'une erreur « réfléchie »⁵⁰⁷ de l'administration ?⁵⁰⁸ Ici, la réponse doit être dépourvue de toute hésitation. Il est inéquitable de faire supporter à des agents publics les conséquences d'irrégularité dans la commission

⁵⁰⁴ Le fonctionnaire est cependant en droit de demander à l'administration réparation du préjudice subi : CE, 29 janvier 1932, *Association des fonctionnaires de la marine et autres*, Rec. p. 825. Voir dans ce sens : R. Christien, *La reconstitution de carrière dans la fonction publique*, in : *Le nouveau droit du procès administratif. Les évolutions choisies, les évolutions subies*, L'Harmattan, 2013, p. 179.

⁵⁰⁵ CE, 6 janvier 1922, *Népoty*, Rec. p. 18. Voir également dans ce sens : G. Jèze, *Principes généraux*, T. 2, précité, p. 653.

⁵⁰⁶ Terme utilisé par P. Weil, thèse précitée p.9 et G. Jèze avant lui, *Les principes généraux du droit administratif précité*, T. 2, précité, p. 652.

⁵⁰⁷ Nous disons bien une erreur *réfléchie*. Car, il faut le rappeler, il y a toute une série de procédures avant que l'administration décide de révoquer un agent puis de lui nommer un successeur. En principe, elle aurait dû, à un moment donné, se rendre compte facilement de son erreur. Cela dit, commettre l'erreur de révoquer injustement un agent peut se comprendre. Mais commettre une deuxième erreur en lui nommant illégalement un successeur devient inadmissible !

⁵⁰⁸ Voir dans ce sens G. Jèze, *Les principes généraux*, T. 2, précité, p. 543.

desquelles ils sont complètement étrangers⁵⁰⁹. En effet, « *le droit ne saurait s'accommoder d'instabilité ; il tend, même dans les matières qui semblent le refuge traditionnel du pouvoir discrétionnaire, à assurer aux particuliers le maximum de garantie et de sécurité compatible avec le fonctionnement des services publics. Il est éminemment conservateur et protecteur des situations acquises* »⁵¹⁰.

Affirmer, par conséquent, que l'annulation rétroactive doit avoir son plein effet et que tout ce qui s'est produit avant le jugement d'annulation doivent être effacé en toute hypothèse est une solution quelque peu excessive. En effet, s'il y a des situations de fait sur lesquelles l'administration peut facilement revenir et qu'il est possible pour elle de remanier en rétablissant, pour l'agent évincé, les choses dans l'état où elles étaient avant sa révocation, il existe, en revanche, beaucoup d'autres situations de fait que la logique « fiction » de la rétroactivité ne peut atteindre. Il serait par conséquent « *injuste ou même absurde de ne tenir aucun compte de ce fait* »⁵¹¹.

On comprend dès lors que le Conseil d'État ait pu progressivement limiter la portée de l'arrêt *Véron-Réville* à des hypothèses de plus en plus exceptionnelles⁵¹² et qu'il ait dû également « *reculer devant des répercussions aussi lointaines et [qu'il] ait préconisé une solution nuancée par laquelle l'Administration est invitée à donner au réintégré une situation normale, ne comportant que les modalités sur lesquelles il pouvait légitimement compter, excluant tout avantage extraordinaire. Mais surtout, au problème né de la réintégration devient plus épineux du fait que, d'après les règles posées par le juge, la reconstitution de carrière ne doit pas, en principe, porter de préjudice aux droits acquis par des tiers* »⁵¹³.

⁵⁰⁹ Voir dans ce sens : R. Chapus, *Droit administratif général*, T. 2, Montchrestien 15^{ème} édition, n° 230.

⁵¹⁰ L. Delbez, *La révocation des actes administratifs*, R.D.P 1928, p. 467.

⁵¹¹ A. De Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, L.G.D.J, T. 1, 5^{ème} édition, n° 928. Voir également dans ce sens, H. Lenoan, thèse précitée, p. 277.

⁵¹² Il en est ainsi pour les magistrats du siège, en raison de leur inamovibilité (CE, 26 octobre 1960, *Corvisy Rec.* p. 1044, R.D.P. 1961, p. 185). Il s'agit également du cas où l'emploi est unique, tel celui de l'administrateur de la Comédie-Française (CE, 1^{er} décembre 1961, *Bréart de Boisanger*, n°51481 *Rec.* p. 676, précité). Il s'agit, enfin, de celui où la décision annulée prononçait un déplacement d'office (CE, Sect., 20 janvier 1939, *Hollender, Rec.* p. 20, D. H 1939, p. 230 ; CE, 15 novembre 1950, *Tricot, Rec.* p. 554 ; CE, 15 juillet 1955, *Renteux, Rec.* p. 446 ; CE, 22 décembre 1958, *Jouval, Rec.* p. 938), ou déchargeait l'agent de ses fonctions (CE, 2 juillet 1999, *Hirsch-Marrie*) ; à moins que l'emploi qui était occupé avant le déplacement d'office n'existe plus (CE, 14 octobre 1960, *Guichon, Rec.* p. 539 ; CE, 24 octobre 1964, *Favreau, Rec.* p. 931). Voir dans ce sens, R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 12^{ème} édition, précité, n°1242.

⁵¹³ H. Lenoan, thèse précitée, p. 279.

Ainsi, la Haute juridiction a, par exemple, jugé que le successeur d'un agent illégalement évincé avait un droit acquis à sa désignation, dès lors que celle-ci n'avait pas été contestée devant le juge⁵¹⁴. Le refus opposé par l'administration à une demande de réintégration qui n'a pas été attaquée dans les délais devient définitif et crée un droit au profit des collègues de l'agent réintégré⁵¹⁵. Elle a également jugé, à propos d'un inspecteur d'académie, « *qu'un fonctionnaire ayant fait l'objet d'une mesure d'éviction annulée par la juridiction administrative ne peut, en principe, prétendre, en exécution de la décision d'annulation, qu'à un emploi de son grade dans son cadre mais non à sa réintégration dans l'emploi même qu'il occupait ; que la nature propre des fonctions d'inspecteur d'académie ne saurait ouvrir aux titulaires de ces fonctions des droits particuliers à cet égard* »⁵¹⁶.

Désormais, à l'exception des cas où la réintégration de l'agent doit s'effectuer dans l'emploi même qu'il occupait avant son éviction⁵¹⁷, en cas de réintégration effective, le principe est que l'intéressé n'est pas en droit de retrouver l'emploi auquel il était affecté⁵¹⁸. Il peut être réintégré dans un autre emploi, « *identique* »⁵¹⁹, ou, à défaut d'un tel emploi, dans un emploi « *équivalent* »⁵²⁰. La logique implacable de l'annulation peut donc, dans certains cas, être mise en échec, en raison des difficultés insurmontables, susceptibles d'être engendrées par une telle annulation : lorsque, par exemple, un concours de recrutement est annulé plusieurs années après le recrutement effectif des candidats sortis d'une école (225 au total), dans laquelle ils sont censés n'être jamais entrés, validation par le parlement du concours annulé⁵²¹.

Afin de tenir compte de ces difficultés, parfois insurmontables, auxquelles peut être confrontée l'administration dans l'exécution de la chose jugée, l'exemple de la fonction

⁵¹⁴ CE, Sect., 26 mai 1950, *Dupuis*, Rec. p. 322.

⁵¹⁵ CE, Sect., 4 février 1955, *Rodde*, Rec. p. 72.

⁵¹⁶ CE, Sect., 16 octobre 1959, *Guille*, Rec. p. 316.

Voir également : CE, 3 janvier 1958, *Dejean*, Rec. p. 3 ; CE, 20 avril 1960, *Lescaud*, Rec. p. 260 ; CE, 21 janvier 1972, *Dufournet*, A.J.D.A 1972, p. 591 ; CE, 11 janvier 1985, *Lebras*, D.A 1985, n° 93. Jurisprudence citée par R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 1242.

⁵¹⁷ Tel est notamment le cas si l'emploi de l'intéressé est unique (CE, 1^{er} décembre *Bréart de Boisanger*, Rec. p. 676 précité, s'agissant de l'emploi de d'administrateur de la Comédie française ; CE, 8 juin 1990, *Mme Lassot*, req. n° 86027, s'agissant de l'emploi de directeur d'une caisse des écoles), ou si aucun emploi équivalent à celui qu'il occupait n'est vacant (CE, 10 novembre 1967, *Ministre de l'éducation nationale c/ Rabdeau*, Rec. p. 424), ou encore si le fonctionnaire évincé est un magistrat de l'ordre judiciaire bénéficiant de l'inamovibilité (CE, 27 mai 1949, *Véron-Reville*, précité).

⁵¹⁸ CE, 11 janvier 1985, *Lebras*, D.A 1985, n°93.

⁵¹⁹ CE, 10 novembre 1967, *Rabdeau*, Rec. p. 424 ; 25 juin 1976, *Guillard*, Rec. p. 391.

⁵²⁰ CE, 10 janvier 1969, *Jarry*, Rec. p. 872. Voir dans ce sens R. Chapus, *Droit administratif*, T. 2 précité, n° 272.

⁵²¹ CE, 18 mars 1949, *Chalvon-Demersay*, R.D.P 1949, p. 217, note Jèze.

publique montre qu'il est judicieux, dans certains cas, de faire jouer davantage pour l'avenir que pour le passé les effets d'une annulation. Aussi, comprend-t-on qu'il existe une réalité de fait qui, sans pouvoir justifier le maintien de toutes les conséquences juridiques d'un acte administratif irrégulier, doit permettre néanmoins la survie de certaines de ces dernières au nom de la sécurité des relations juridiques.

Section 2 : L'annulation rétroactive : une solution radicale aux effets souvent incontrôlés

Le champ d'action de la chose jugée dans le contentieux de l'excès de pouvoir est très vaste : elle opère « *erga omnes "objectivement", elle fait disparaître l'acte aussi complètement que s'il était rapporté par son auteur* »⁵²².

L'acte critiqué disparaît alors d'une façon rétroactive en emportant avec lui tout ce qui est né de lui avant son annulation. Instantanément, d'autres décisions administratives non directement visées par la demande en annulation se retrouvent directement concernées par cette annulation. Certaines d'entre elles, déjà disparues, et auxquelles la décision annulée s'est substituée, vont être remises en vigueur et redeviennent par conséquent applicables ; d'autres, au contraire, qui sont la conséquence directe de la décision annulée, verront leur application remise en cause, et devront disparaître par voie de conséquence naturelle de la rétroactivité.

⁵²² M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} édition, réédition Dalloz, 2002, précité, p. 457.

A. L'annulation peut remettre en vigueur des décisions déjà privées totalement ou partiellement d'effets par l'administration elle-même, dont la réintégration peut présenter de graves inconvénients juridiques et pratiques

Dans certains cas, l'annulation d'une décision administrative, qui abrogeait ou modifiait elle-même d'autres décisions antérieures, devrait faire revivre celles-ci automatiquement et rétroactivement dans l'ordonnement juridique⁵²³. Ces décisions redeviennent ainsi applicables à compter de la date à laquelle elles ont été édictées pour la première fois. Elles vont réintégrer l'ordonnement juridique, comme si elles n'avaient jamais cessé d'exister.

Cette hypothèse concerne autant les dispositions réglementaires que des décisions individuelles.

Ainsi, s'agissant des dispositions réglementaires, il a été jugé, par exemple, que l'annulation en 1963 du décret du 22 juin 1960 remettait en vigueur l'article 6 du décret du 9 août 1953 qu'il modifiait et qui, du fait de cette annulation, était de nouveau applicable, et n'exigeait -en ce qui concerne la détermination des conditions de travail des agents des organismes de sécurité sociale- aucune approbation par l'autorité administrative et ne peut dès lors, en tout état de cause, être valablement invoqué par le ministre du Travail⁵²⁴. De même, l'annulation par le Conseil d'État des dispositions des articles 9 à 17 du décret du 12 mai 1960, qui avaient substitué aux conseils régionaux de l'ordre des médecins des sections des assurances sociales pour le jugement de certaines plaintes (fautes, abus, et fraudes et de tout fait intéressant l'exercice de la profession) a rendu aux formations plénières des conseils régionaux leurs compétences antérieures. Ces formations plénières se sont vues reconnaître qualité pour statuer sur les plaintes adressées antérieurement aux sections des assurances sociales, sans qu'un nouveau dépôt desdites plaintes fût nécessaire⁵²⁵. L'annulation partielle par le Conseil d'État des décrets du 1^{er} juin 1956 a fait revivre jusqu'à la date où ces textes ont été ou seraient publiés, la réglementation antérieurement applicable à la rémunération des

⁵²³ G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif précité*, T. 2, précité, 354 et s.

⁵²⁴ CE, Ass., 13 juillet 1963, *Syndicat national des ingénieurs-conseils inspecteurs du contrôle de la prévention et assimilés et autres*. Rec. p. 429 ; *Dr. Soc.*, 1963, p. 629, concl. Nicolay ; CE, Sect. 1^{er} décembre 1997, *Caisse primaire d'assurance maladie de la Sarthe*, Rec. p. 447.

⁵²⁵ CE, 24 mars 1965, *Bonnetblanc*, Rec. p. 1034 ; CE, 22 avril 1966, *Subileau*, Rec. p. 284. Voir également, CE, Ass., 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France* Rec. p. 370 : l'annulation en 1979 des dispositions du nouveau Code de procédure civile relative aux « moyens de pur droit » relevés d'office par le juge civil remet en vigueur l'article 16 du décret du 9 septembre 1971 qui, contrairement à ces dispositions, imposait au juge de provoquer les observations des parties sur le moyen qu'il se proposait de relever d'office.

personnels civils en service en Allemagne, et notamment le décret du 28 mai 1951⁵²⁶. Enfin, dans le même sens et concernant cette fois-ci les documents d'urbanisme, l'article L. 121-8 du code de l'urbanisme pose le principe, en cas l'annulation d'un schéma de cohérence territoriale, d'un plan local d'urbanisme, ou d'un document d'urbanisme tenant lieu de POS, du retour au droit immédiatement antérieur⁵²⁷. Le retour au droit immédiatement antérieur peut concerner une partie seulement du document concerné⁵²⁸ : dans ce cas, seules les dispositions concernées du document antérieur seront remises en vigueur, lesquelles doivent impérativement être compatibles avec les dispositions épargnées par le jugement d'annulation⁵²⁹. A défaut, la remise en vigueur partielle du document antérieur ne sera pas possible, et seule l'annulation totale aboutira à remettre en vigueur l'ensemble du document. Si le principe du retour aux documents antérieurs, consacré par l'article L. 121-8 du code de l'urbanisme, se montre à première vue une démarche simple, aménagée pour un motif d'opportunité⁵³⁰, dans la pratique, cette solution (le retour aux documents antérieurs) peut être source de grandes difficultés pour les collectivités territoriales. En effet, faire revivre un plan d'urbanisme qui avait été conçu dans un contexte juridique et au regard d'éléments de fait qui ont pu évoluer considérablement peut présenter de graves inconvénients⁵³¹. Car, si un plan ancien a été remplacé, c'est parce que la collectivité (la commune) a estimé qu'il était devenu inadéquat. Lui redonner vie, c'est l'exposer au risque de devoir faire application de règles qu'elle estime devenues désuètes du fait des évolutions démographiques, de la modification du tissu économique ou du changement de la politique locale d'urbanisme⁵³². Ces difficultés peuvent s'accroître, notamment en cas d'impossibilité de retour au document antérieur, soit parce qu'il n'existait pas de plan antérieur ou qu'il est devenu caduc, ou encore parce qu'il est lui-même illégal⁵³³, auquel cas, et à défaut d'un document encore antérieur, la commune se retrouve régie par les règles générales fixées par les articles L. 111-1 et suivants et R. 111-1 et

⁵²⁶ CE, Ass., 12 mai 1967, *ministre des Armées c/ de Corbier*, Rec. p. 211, R.A 1968, p. 168, concl. Braibant.

⁵²⁷ H. Jacquot, F. Priet, *Droit de l'urbanisme*, Dalloz 2008, 6^{ème} édition, p.874.

⁵²⁸ Le juge va prononcer l'annulation simplement partielle du document attaqué, et cela en fonction du caractère divisible non de la disposition annulée avec le reste du document.

⁵²⁹ CE, 13 novembre 2002, *SA Foncière Paris Neuilly*, req. n°185637.

⁵³⁰ Le principe posé par l'article L. 121-8 du code de l'urbanisme a eu pour objet de faire échec à une solution jurisprudentielle qui préconisait le retour direct aux règles générales d'urbanisme, règles intemporelles et convenables en tout état de cause : CE, Sect., 8 juin 1990, *Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais (Assaupamar)*, Rec. p.148, A.J.D.A 1990, p. 701, chron. E. Honorat et R. Schwartz, R.F.D.A 1991, p.149, concl. H. Toutée.

⁵³¹ B. Stirn, concl., sous CE, 14 juin 1991, *Association des amis de Saint-Palais-sur-Mer*, n° 90775.

⁵³² C. Maugué. R. Schwartz, *Effets des annulations en cascade des documents d'urbanisme*, A.J.D.A 1992 p. 116.

⁵³³ Soit dès l'origine (par ce qu'il contenait, par exemple, le même zonage que le juge a estimé entaché d'une erreur manifeste), soit parce qu'il le serait devenu par l'intervention d'une norme supérieure qu'il ne respecte pas ou en raison des changements intervenus dans les circonstances de fait ou de droit.

Voir dans ce sens, J.-B. Auby, H. Périnet-Marquet, R. Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Montchrestien, 9^{ème} édition 2012, n°303.

suiuants du code de l'urbanisme⁵³⁴. En d'autres termes, ce sont les dispositions supplétives du règlement national d'urbanisme ainsi que la règle de constructibilité limitée qui vont s'appliquer⁵³⁵. Le retour aux règles nationales d'urbanismes prive, dans ce cas, la commune de l'outil (POS ou PLU) lui assurant la maîtrise de son urbanisme⁵³⁶. Cela a pour conséquence, par exemple, qu'elle n'est plus compétente pour créer une zone d'aménagement concerté⁵³⁷. Cet effet mécanique de la rétroactivité fera ainsi perdre à la commune la maîtrise de son urbanisme. Par conséquent, elle n'aura pas la possibilité d'instituer ou d'exercer le droit de préemption urbain. Enfin, concernant la délivrance des autorisations d'utilisation du sol, s'il est vrai que la commune demeure compétente pour accorder ces autorisations⁵³⁸, elle ne peut cependant le faire qu'avec l'accord (l'avis conforme) du préfet⁵³⁹.

Concernant les décisions individuelles, il a été jugé que l'annulation de la révocation d'un fonctionnaire, qui avait été substituée à la décision prononçant son admission à la retraite, remet cette décision en vigueur⁵⁴⁰. De même que « *l'annulation pour excès de pouvoir d'un arrêté d'expulsion fait (...) revivre à la date de cet arrêté et pour la durée qui restait à courir à cette date le titre de séjour que l'expulsion avait abrogé ; qu'elle permet donc, en principe et dans cette mesure, le retour de l'intéressé pendant toute la période de validité de ce titre sans qu'il ait à solliciter de visa d'entrée sur le territoire* »⁵⁴¹. De même encore, l'annulation de la décision du ministre des affaires sociales en date du 3 avril 1984, prise sur recours gracieux accordant à la polyclinique Saint-Pierre l'autorisation qu'elle sollicitait, a fait revivre la décision ministérielle initiale en date du 14 décembre 1983, qui avait annulé la décision du 20 mai 1983 du commissaire de la République de la région de

⁵³⁴ CE, avis, 9 mai 2005, *Marengio*, R.F.D.A 2005, p. 1024, concl. Glaser, R.D. imm. 2005, p. 346, note P. Soler-Couteaux, A.J.D.A 2005, p. 1032, obs. Y.J.

⁵³⁵ CE, Sect., 8 juin 1990, *Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais*, Rec. p. 148, précité.

⁵³⁶ D. Bailleul, *L'efficacité comparée des Recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit administratif français*, L.G.D.J., 2002, p. 335

⁵³⁷ CE, 25 novembre 1991, *Association des amis de Saint-Palais-sur-Mer*, Rec. p. 408, A.J.D.A 1992, p.116, chr. C. Maugüé. R. Schwartz.

Voir dans ce sens, J.-B. Auby, H. Périnet-Marquet, R. Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, précité.

⁵³⁸ Le code de l'urbanisme proclame définitif le transfert de compétences aux communes dotées d'un POS ou d'un PLU approuvé (article L. 421-2-1), et cela inclut le pouvoir d'accorder des dérogations aux RNU (CE, 9 juillet 1993, *Martin*, D.A 1993, n°592), tout au moins si elle était dotée d'un POS approuvé à la date du 1^{er} octobre 1983 (CE, 1^{er} décembre 1993, *Armagnac*, D. A 1993, n°592). Voir dans ce sens, J.-B. Auby, H. Périnet-Marquet, R. Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, précité, p. 149.

⁵³⁹ CE, 25 novembre 1991, *Commune de Saint-Palais-sur-Mer*, Rec. p. 405, en ce qui concerne le permis de construire et CE, 28 septembre 1994, *Comité de défense des lotissements de Port-Aviation*, req. n° 117804.

⁵⁴⁰ CE, 18 janvier 1967, *Ville de Châteaudun*, p. 691, A.J.D.A, 1967, p. 299.

⁵⁴¹ CE, Sect., 4 novembre 1994, *Al Joujo*, p. 492, A.J.D.A, 1995, p. 231, concl. R. Abraham, D. 1995, SC, p. 174, obs. F. Julien-Laferrière, L.P.A 19 juillet 1995, note F. Priet.

Haute-Normandie ayant autorisé l'extension du service de médecine de la polyclinique Saint-Pierre⁵⁴². Le jeu logique de la rétroactivité a abouti, dans cet arrêt, à des solutions quelque peu inextricables !⁵⁴³ En effet, cette annulation a fait revivre la décision ministérielle initiale, contre laquelle il ne peut plus être formé, compte tenu de l'expiration des délais, ni recours gracieux ni recours contentieux.

On ne voit pas comment l'on peut faire revivre une décision administrative à laquelle une autre décision administrative de la même autorité est venue se substituer après un recours gracieux ? En effet, si l'autorité administrative est revenue sur sa décision, après un recours gracieux, c'est parce qu'elle était convaincue des griefs reprochés à sa décision initiale. Surtout que le Conseil d'État a refusé, dans cette affaire, de tirer toutes les conséquences logiques de cette rétroactivité, car il n'a admis la possibilité de contester, par la voie contentieuse, ni la décision devenue définitive du 14 décembre 1983 que le jugement d'annulation avait fait revivre, ni la décision implicite confirmative résultant du silence gardé par le ministre sur le nouveau recours gracieux que la clinique avait formé le 26 novembre 1984 contre la décision du 14 décembre 1983. Comme l'a parfaitement fait remarquer le Professeur Lemoyne Des Forges, « *on ne voit guère en quoi la décision du 14 décembre 1983 serait spécialement "définitive" et devrait échapper à tout nouveau recours. Cette analyse se combine mal avec la règle selon laquelle l'Administration doit statuer sur la base des conditions de fait et de droit en vigueur au moment où elle prend sa décision* »⁵⁴⁴.

⁵⁴² CE, 16 février 1994, *Ministre de la Solidarité c/ Polyclinique Saint-Pierre*, Rec. T. p. 1133, R.D.P 1994, p. 1551, concl. R. Abraham. Voir dans le même sens : C.A.A Lyon, 11 janvier 1999, *Deculty*, p. 493, A.J.D.A 1999, p. 361, note J. Berthoud (l'annulation de retrait fait revivre une décision initiale refusant l'autorisation demandée) ; CE, 3 juillet 1998, *EARL Matrey, D.A.*, 1998, n° 269, obs. L. T (l'annulation du retrait fait revivre une décision ayant accordé l'autorisation).

⁵⁴³ Expression utilisée par J.-M. Lemoyne Des Forges, R.D.S.S 1994 p. 447.

⁵⁴⁴ J.-M. Lemoyne Des Forges, R.D.S.S 1994, précité, p. 447.

B. L'annulation peut entraîner une chaîne d'illégalités affectant plusieurs décisions administratives

La logique des conséquences qu'il convient de tirer de l'annulation d'un acte administratif se développe parfois avec une rigueur que le bon sens peut conduire à trouver excessive⁵⁴⁵. En effet, l'annulation pour excès de pouvoir n'a pas seulement pour effet de faire revivre des décisions administratives déjà disparues ; elle est, également de nature à entraîner, par le jeu naturel et libre de la rétroactivité⁵⁴⁶, l'anéantissement d'autres décisions. Il y aurait ainsi une véritable « cascade de nullités »⁵⁴⁷.

Saisi de conclusions jointes à celles dirigées contre la première décision, ou d'un recours spécifiquement exercé (dans le délai légal) contre elles⁵⁴⁸, le juge va prononcer leur annulation par voie de conséquence, et cela sans qu'il y ait lieu d'en établir spécifiquement leur illégalité⁵⁴⁹. Un tel processus permet de donner son plein effet et sa pleine extension à la chose jugée (jugement d'annulation).

Simple en apparence, le principe de l'annulation par voie de conséquence peut se révéler d'une extrême complexité. Des décisions administratives seront automatiquement remises en cause, et il faudra recommencer avec des procédures souvent longues et coûteuses.

Trois catégories de décisions administratives peuvent ainsi être concernées par le procédé d'annulation par voie de conséquence.

Il s'agit tout d'abord des décisions administratives prises en application de l'acte annulé (décisions dérivées) et de celles dont l'acte annulé constitue la base légale⁵⁵⁰. Ces décisions sont, généralement, en position de subordination ou de dépendance, soit parce qu'elles ne trouvent de base légale⁵⁵¹ que dans l'acte initial annulé⁵⁵² – il est leur support

⁵⁴⁵ *Jurisprudence administrative, In: Annuaire des collectivités locales*. T. 9, 1989. pp. 147-219. s. 217.

⁵⁴⁶ R. Chapus, *Droit du Contentieux administratif*, précité, n° 1243.

⁵⁴⁷ P. Weil, thèse précitée, p. 179.

⁵⁴⁸ R. Chapus, *Droit du Contentieux administratif*, précité, n° 1251.

⁵⁴⁹ D. Bailleul, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, précité, n° 323.

⁵⁵⁰ CE, Sect., avis, 30 décembre 2013, req. n° 367615, *Okosun*.

⁵⁵¹ « La base légale, écrit Monsieur Gazier, est la conjonction régulière des règles générales qui définissent les pouvoirs de l'Administration et de la situation particulière à laquelle en l'espèce ces pouvoirs s'appliquent », *Essai d'une présentation nouvelle des ouvertures du Recours pour excès de pouvoir, E.D.CE, 1951*, p. 71.

principal⁵⁵³ –, soit parce qu'elles n'interviennent que pour appliquer ou mettre en œuvre ce dernier⁵⁵⁴. Le lien entre la décision initiale et les décisions dérivées doit donc être suffisamment fort pour justifier une annulation par voie de conséquence. Autrement dit, la première décision doit être le « soutien »⁵⁵⁵ ou le « support nécessaire »⁵⁵⁶ de la seconde, de telle sorte que les décisions juridiquement postérieures aient été « conditionnées »⁵⁵⁷ par les décisions antérieures⁵⁵⁸. On relèvera par exemple, que l'annulation de la déclaration d'utilité publique (décision initiale) provoque l'irrégularité de toute la procédure à laquelle elle servait de fondement⁵⁵⁹. Il en est ainsi, par exemple, de l'arrêté de cessibilité⁵⁶⁰ ou de la décision de réaliser les travaux (décision dérivées)⁵⁶¹. Dans le domaine de l'urbanisme, l'annulation de l'acte rendant public le plan d'occupation des sols rend illégal l'acte portant approbation de ce plan⁵⁶². Dès lors, la délibération, instituant un droit de préemption urbain, qui a été prise en application d'un acte illégal, doit être annulée⁵⁶³. De même, l'annulation (ou l'illégalité) d'un document d'urbanisme entraîne celle du refus de permis de construire prononcé sur son fondement⁵⁶⁴. En revanche, l'annulation d'un document d'urbanisme, sous l'empire duquel un

⁵⁵² CE, Sect., 22 décembre 1978, *SA Publimontre*, Rec. p. 529 : l'annulation de l'article 7 du décret du 11 février 1976 en tant qu'il permet à l'autorité de police d'accorder des dérogations "pour la publicité placée sur le mobilier urbain dans les conditions prévues par un arrêté conjoint du ministre de l'Équipement et du ministre de l'Intérieur" prive de base légale l'arrêté en date du 14 octobre 1977 par lequel ces ministres ont fixé les conditions d'application de cette disposition.

⁵⁵³ « la première décision doit être le "soutien" ou le "support nécessaire" de la seconde de telle sorte que les décisions juridiquement postérieures aient été "conditionnées" par les décisions antérieures. Et dire que l'acte primaire constitue la "condition" de l'acte successif signifie, d'abord, que ce dernier doit inévitablement tomber s'il apparaît comme la justification même de l'édition de la décision primitive », M. Staub, *L'indivisibilité en droit administratif*, L.G.D.J 1999, p. 748.

⁵⁵⁴ Il s'agit « aussi bien des mesures d'application, d'exécution, de concrétisation, de complémentarité que celles s'inscrivant dans une opération à procédure et qui, par définition sont subordonnées à l'acte principal car comportant une suite de décisions postulant nécessairement l'intervention de la décision finale en vue de laquelle elles sont édictées », M. Staub, précité, pp. 749-750.

⁵⁵⁵ F. Gazier, concl. sous CE, Ass., 25 octobre 1957, *Delclaux*, S. 1957, J., p. 440, spéc. p. 442 col. 2.

⁵⁵⁶ A. Bacquet, concl. sous CE, Ass. 15 mai 1981, *Maurice*, A.J.D.A. 1982, n° 2, p. 86, spéc. p. 89 col. 3.

⁵⁵⁷ CE, 14 juin 1967, *Sieur Poujel*, Rec. p. 253.

⁵⁵⁸ Voir dans ce sens M. Staub, précité, p. 748.

⁵⁵⁹ C. Guettier, *Droit administratif des biens*, précité, p. 413

⁵⁶⁰ CE, Ass. 2 juillet 1993, *Louvrier et autres et Association de défense des droits mobiliers et immobiliers d'Anthony*, Rec. p. 207 ; CE, 9 février 2000, *Chevalier*, Rec. p. 45 ; CAA Marseille, 5 mars 2002, *Mme Danon et M. Soual*, Juris Data N° 178629.

⁵⁶¹ CE, 2 juillet 2001, *Commune de La Courneuve*, Rec.p.327.

⁵⁶² CE, 24 juill. 1987, *Commune de Génissac*, Rec.p.284 ; CE, 28 avril 1993, *Cts Bo*, Rec. p. 143. Voir dans ce sens : Répertoire de contentieux administratif, Section 2 - La chose, n°107.

⁵⁶³ CE, 1^{er} décembre 1993, *Chiarazzo*, req. n° 136705. Voir également : CE, 26 mai 1993 req. n°s 93088, 93089, 93444, 93445, 94322), l'annulation de l'arrêté du préfet du Val-d'Oise du 9 janvier 1987 approuvent le plan d'aménagement de zone de la zone d'aménagement concerté dite "ZAE des Perruches" prive de base légale le permis délivré le 22 avril 1987.

⁵⁶⁴ CE, 30 décembre 2009, *Commune du Cannet-des-Maures*, R.D.Imm. 2010, p. 224, note P. Soler-Couteaux. Cette solution s'explique par le fait que « Le droit de construire et, avec lui, le permis de construire qui en fixe les modalités, existaient avant le plan d'occupation des sols et existeront après » : Ch. Vigouroux, Conclusions sur CE, Sect., 12 décembre 1986, *Société Gepro*, Rec. p. 282. Autrement dit, et ainsi l'explique pour sa part le commissaire de gouvernement *Courrèges* (Conclusion sur CE, Sect., 7 février 2008, *Commune de Courbevoie*,

permis de construire a été délivré, n'a aucun effet sur ce permis. En effet, si ce dernier ne peut être délivré que pour un projet respectant la réglementation d'urbanisme en vigueur, il ne constitue pas un acte d'application de cette réglementation ; par suite, un requérant demandant l'annulation de ce permis ne saurait utilement se borner à soutenir qu'il a été délivré sous l'empire d'un document d'urbanisme illégal, et ce quelle que soit la nature de l'illégalité dont il se prévaut⁵⁶⁵. Il faut, indique le Conseil d'État, que le requérant fasse la démonstration que ce permis méconnaît les dispositions pertinentes remises en vigueur à la suite de l'illégalité du plan local d'urbanisme⁵⁶⁶. Avec cette décision⁵⁶⁷, le Conseil d'État a révisé une jurisprudence des années quatre-vingts⁵⁶⁸, qui prévoyait la possibilité d'exciper de l'illégalité des plans locaux d'urbanisme lors d'un recours dirigé contre des autorisations d'urbanisme⁵⁶⁹. Tel était le cas, lorsqu'un document d'urbanisme avait été édicté pour rendre possible un permis de construire⁵⁷⁰.

req. n° 297227, *R.F.D.A* 2008, p.559, *R.D.Imm.* 2008, p. 240, note P. Soler-Couteaux, *A.J.D.A* 2008, p. 582, chron. C. Landais et F. Lenica), la réglementation d'urbanisme ne fonde pas le droit de construire mais l'aménagement, d'où la dissociation entre le plan d'urbanisme et l'autorisation de construire ou de lotir.

⁵⁶⁵ CE, Sect., 7 février 2008, *Commune de Courbevoie*, req. n° 297227, précité, J.-L. Pissaloux, commentaire in *Chronique de droit de l'urbanisme, Revue Lamy Collectivités territoriales*, juin 2008. Rendue à propos d'une déclaration d'illégalité, cette solution a ensuite été logiquement transposée à l'hypothèse d'une annulation du document d'urbanisme (CE, 16 novembre 2009, *SARL Les Résidents de Cavalières*, req. n°s 308623 et 308624). Voir en ce sens P. Soler-Couteaux, E. Carpentier, *Droit de l'urbanisme*, 5^{ème} édition, Dalloz 2013, n°392.

⁵⁶⁶ J.-B. Auby, H. Périnet-Marquet, R. Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction, Montchrestien*, 9^{ème} édition 2012, n°308.

⁵⁶⁷ Cette jurisprudence est venue concrétisée celle dégagée auparavant par l'arrêt CE, 8 juin 1990, *association de sauvegarde du patrimoine martiniquais*, précité.

⁵⁶⁸ CE, Sect., 12 décembre 1986, *Sté Gepro*, précité ; CE, 28 janvier 1987, *Comité de défense des espaces verts c/ SA Le Lama*, *Rec.* p.20, *A.J.D.A* 1987, p.279 concl. Ch. Vigouroux ; CE, 10 juin 1988, *SCI de la ZAC de Villarceau*, *Rec.* p.240, *A.J.D.A* 1988, p.443, chron. M. Azibert et M. de Boisdeffre ; CE, 28 juillet 1999, *Mme Ricard*, *Rec.* p. 271 ; CE, 28 juillet 2000, *Commune de Port Vendres*, *Rec.* p.360.

⁵⁶⁹ Une telle dérogation réalise, selon le commissaire de gouvernement J.-C. Bonichot, un juste équilibre entre le principe de légalité et celui de la sécurité juridique. A. Courrèges voyait pour sa part, une solution à l'impasse logique entre annulation automatique ou immunité du permis. Voir dans ce sens : J.-C. Bonichot, conclusions sur les arrêts *Ricard et Laskar*, CE, 28 juillet 1999 (A. Courrèges, conclusions sur CE, Sect., 7 février 2008, *Commune de Courbevoie*, précité).

⁵⁷⁰ Il s'agit de l'hypothèse d'une annulation pour détournement de pouvoir : tel est le cas d'une modification portant atteinte à l'économie du POS et spécialement édictée pour rendre possible des travaux de construction d'un golf (CE, 20 juin 1990, *Fédération française de golf c/ Ville de Châteaufort*, *Rec.* T. p.1031) ou le zonage entaché d'une erreur manifeste d'appréciation, qui avait été modifié en cours d'élaboration du POS pour permettre la réalisation des lotissements contestés (CE, 4 novembre 1994, *SCI « Le Parc de Vaugien »*, *Rec.* T. p. 1249. À cette hypothèse, s'ajoute celle de la dérogation dont l'illégalité contamine les autorisations délivrées sur son fondement (CE, 2 décembre 1991, *M. et Mme Souillé*, *Rec.* p. 418, pour un dépassement du coefficient d'occupation des sols ; CE, 21 novembre. 2007, *Mme Calle-Gruber*, req. n° 291017, pour une dérogation à l'interdiction de principe de construire en zone ND). Il peut en aller de même du fait de la succession dans le temps de documents d'urbanisme ; c'est le cas notamment des modifications ou des révisions de POS portant sur la constructibilité d'une zone et sans lesquelles les permis n'aurait pu être délivré (CE, 10 juillet 1995, *Société du golf de Pardigon*, *Rec.* p. 294, pour une modification de zonage devenue illégale par l'intervention - postérieure - de la loi du 3 janvier 1986 dite loi littoral). Voir, dans ce sens, A. Courrèges, conclusions sur CE, Sect., 7 février 2008, *Commune de Courbevoie*, précité.

Concernant les autres domaines, il a été jugé que l'annulation d'une circulaire ministérielle réglementaire ayant pour objet la suppression des services d'aumônerie dans les lycées doit entraîner, par voie de conséquences, celle de la décision d'un proviseur supprimant le service existant au sein du lycée dont il a la charge⁵⁷¹, de même que l'annulation d'un décret instituant une redevance entraîne celle de la décision autorisant un établissement public à le percevoir⁵⁷². De même, l'annulation du décret de dissolution d'un conseil municipal fait regarder ce conseil comme n'ayant jamais été dissout : les membres élus de ce conseil retrouvent leurs fonctions jusqu'à l'expiration de leur mandat. Il en résulte donc que l'arrêté préfectoral qui avait convoqué les électeurs pour de nouvelles élections et ces élections elles-mêmes sont illégaux et doivent être annulés par suite de l'annulation du décret de dissolution⁵⁷³. De même encore, l'annulation d'une nomination en qualité de stagiaire a pour effet de rendre illégale la titularisation de l'intéressé si bien que l'autorité administrative a compétence liée pour procéder à son retrait⁵⁷⁴. Enfin, dans un avis en date 30 décembre 2013, n° 367615, *Okosun*⁵⁷⁵, le Conseil d'État rappelle les effets qui s'attachent à l'annulation pour excès de pouvoir d'un acte administratif, et ce qu'il soit ou non réglementaire, annulation qui emporte, lorsque le juge est saisi de conclusions recevables, l'annulation par voie de conséquence des décisions administratives consécutives qui n'auraient pu légalement être prises en l'absence de l'acte annulé ou qui sont, en l'espèce, intervenues en raison de l'acte annulé. Il en va ainsi, notamment, de la décision qui a été prise en méconnaissance de l'obligation d'information du demandeur d'asile, vice de procédure qui peut être de nature à entacher d'illégalité le refus d'admission provisoire au séjour, cette illégalité entraînant l'annulation par voie de conséquence de l'obligation de quitter le territoire français (OQTF)

⁵⁷¹ CE, Ass. 1^{er} avril 1949, *Chaveneau*, *Rec.* p. 161.

⁵⁷² CE, 13 novembre 1987, *Syndicat national des transports aériens*, *Rec.* p. 355. *R.F.D.A.*, 1987, p. 1011.

⁵⁷³ CE, 6 décembre 1964, *Election du Moule*. Voir également CE, 18 décembre 1968, *Durand et Barbero*, *Rec.* p. 657 (l'annulation des dispositions des décrets de dissolution des conseils municipaux emporte celle de leurs autres dispositions instituant une délégation spéciale).

⁵⁷⁴ CE, Sect., 3 novembre 1995, *Mme Velluet et autres*, *Rec.* p. 389. Voir dans le même sens : CE, 13 mars 1987, *Dufourg*, *Rec.* p. 96 (l'annulation de la délibération d'un jury relative à l'admissibilité des candidats à un concours entraîne celle de sa délibération) ; CE, 2 mai 1990, *Barbier*, *R.D.P.* 1991, p. 876 (l'annulation de la délibération relative à l'admission emporte celle de la décision qui, sur le vu de cette délibération, nomme les candidats reçus). Voir pour d'autres domaines : CE, 5 janvier 1979, *consort Geerssen*, *D.A.* 1979, n° 63 (l'annulation de la déclaration d'utilité publique provoque celle des arrêtés de cessibilités qui en procèdent) ; CE, 24 juillet 1987, *Commune de Génissac*, *Rec.* p. 284 ; 28 avril 1993, *consort Bo*, *Rec.* p. 143 (l'annulation de la décision arrêtant le projet d'un plan d'urbanisme ou le rendant public va entraîner l'annulation de l'arrêté d'approbation du plan). Ces jurisprudences sont citées par R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 1252.

⁵⁷⁵ *R.T.D. Eur.* 2014 p. 952-8, note D. Ritleng. Voir l'application de cet arrêt : CE, 23 décembre 2013, n°363978, *Société Métropolitaine Télévision (M6)* *JurisData* n°2013-030019 : le Conseil d'État a annulé l'agrément donné par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) à une opération de concentration par voie de conséquence de l'annulation de l'autorisation donnée par l'Autorité de la concurrence à cette même opération.

imposée après le rejet de la demande d'asile. Cet avis a été complété par un arrêt en date du 19 janvier 2015 (n°375283), dans lequel le Conseil d'État « *admet l'opérance du moyen tiré de l'illégalité de la décision de suppression d'emploi dans le cadre du recours pour excès de pouvoir contre la décision de mise à disposition du centre de gestion [et] fait donc jouer dans ce contexte le duo contentieux de l'exception et de l'annulation par voie de conséquence* »⁵⁷⁶.

La seconde catégorie d'annulations par voie de conséquence concerne les décisions administratives qui sont identiques à la décision annulée. Elles ont, généralement, un objet analogue, ayant trait à une même opération juridique que la décision annulée. Ces décisions ne doivent pas forcément avoir « *un contenu parfaitement similaire* » à celui de la décision initiale, « *mais portent toujours des mesures équivalentes se référant à une entreprise commune. Etant en proche parenté, elles se côtoient sur un mode horizontal, au sens où elles sont placées sur un strict pied d'égalité, puisque le fondement qui les conditionne est tout à la fois extérieur à chacune d'elles et de même nature pour toutes (...)* elles s'inscrivent le plus souvent dans un acte collectif renforçant ainsi l'idée que l'on est en présence d'une véritable "famille" »⁵⁷⁷. Contrairement à la catégorie précédente, il n'y pas de lien de subordination (ou hiérarchique) entre la décision initiale et les décisions annulées par voie de conséquence. Elles conservent, chacune de leur côté, leurs propre autonomie. L'annulation par voie de conséquence est ici une exception au principe de « *la non-extension de l'annulation aux actes identiques* »⁵⁷⁸. En effet, selon une jurisprudence constante du Conseil d'État⁵⁷⁹, l'annulation d'une décision administrative n'a aucun effet sur les décisions identiques à la décision annulée. L'annulation par voie de conséquence opère d'une façon verticale. Cependant, en raison d'un lien de connexité qui peut exister entre deux ou plusieurs décisions identiques⁵⁸⁰, le Conseil d'État admet que cette annulation opère également d'une façon horizontale pour atteindre des décisions parentes ou parallèles⁵⁸¹. Ainsi, pour paraphraser le Professeur Staub⁵⁸², sont susceptibles d'être annulées par voie de conséquence de l'illégalité d'une

⁵⁷⁶ É. Langelier, *De l'utilité de "l'annulation par voie de conséquence" en matière de suppression d'emploi des fonctionnaires territoriaux*, J.C.P.A, n° 5, 2 février 2015, act. 105.

⁵⁷⁷ M. Staub, *L'indivisibilité en droit administratif*, L.G.D.J 1999, précité, n°859.

⁵⁷⁸ CE, avis 13 avril 1949, *Rev. Adm.*, 1949, p. 262. Voir également dans ce sens : P. Weil, thèse précitée, p. 133 « *les actes identiques à l'acte annulé ont victorieusement résisté à la puissance d'expansion de l'annulation* » ; B. Pacteau, *Traité de contentieux administratif*, PUF 1^{ère} édition 2008, n°397.

⁵⁷⁹ CE, 16 mai 1958, *Ministre de l'éducation nationale c/ Ricaud*, *Rec.* p. 393.

⁵⁸⁰ Voir dans ce sens : J.-M. Auby, R. Drago, *Traité des Recours en matière administrative, Litec*, 1992, précité, n° 380 ; B. Pacteau, *Traité de contentieux administratif*, précité, n° 397.

⁵⁸¹ B. Pacteau, *Traité de contentieux administratif*, précité, n°397.

⁵⁸² M. Staub, *L'indivisibilité en droit administratif*, précité, n° 859.

mesure individuelle déterminée les autres inscriptions sur le tableau d'avancement⁵⁸³, les autres décisions déterminant l'ancienneté relative des agents à l'intérieur d'un même corps⁵⁸⁴, la nomination obtenue par permutation⁵⁸⁵ ou les autres mesures d'intégration d'agents comprises dans une opération de reclassement dans un nouveau cadre⁵⁸⁶. Pareillement, la matière du remembrement connaît des situations où l'annulation du compte d'un propriétaire entraîne par voie de conséquence celui des autres intéressés, en vertu de la « connexité » existant entre les diverses attributions réparties dans le plan de remembrement entre l'ensemble des possesseurs de terres agricoles ou de terrains urbains⁵⁸⁷.

Trois raisons peuvent être invoquées, selon le Professeur Weil⁵⁸⁸, en faveur d'une telle extension (annulation par voie de conséquence). La première est liée à la légalité. En effet, *« puisqu'une illégalité a été constatée par le Conseil d'État, il serait étrange de maintenir des actes administratifs dont on sait pertinemment qu'ils ne sont pas réguliers ; le contentieux de l'excès de pouvoir n'a-t-il pas précisément pour but essentiel de permettre l'apurement de l'ordonnancement juridique, l'élimination de toutes les illégalités qui ont pu se glisser dans l'activité de l'administration ? »*. La seconde raison est l'impératif d'égalité des usagers du service public. En effet, *« on ne voit pas pourquoi, parmi les personnes visées par des actes identiques, les unes pourraient en écarter l'application, alors que d'autres devraient en subir les conséquences bien qu'il s'agisse d'actes illégaux »*. La troisième raison réside enfin dans *« l'argument, purement juridique tiré de la théorie de la chose jugée : l'arrêt d'annulation a une autorité absolue, ses effets sont amples et puissants ; on en fait supporter les conséquences à des personnes étrangères à l'acte ; pourquoi n'étendrait-on pas la solution de droit contenue dans cet arrêt à tous les actes identiques à l'acte annulé ? »*.

⁵⁸³ CE, Sect., 4 février 1955, *Sieur Marcotte*, Rec. p. 70.

⁵⁸⁴ CE, Sect., 26 janvier 1934, *Sieur Glon*, Rec. p. 134 : *« en raison de la connexité qui existe nécessairement entre les divers actes individuels fixant l'ancienneté des agents d'un même cadre, l'exécution de décision du Conseil d'État, en date du 29 janvier 1930, n'impliquait pas seulement une révision des situations qui résultaient de l'arrêté du 14 avril 1924 ; il incombait à la l'administration de réformer aussi, alors même qu'ils n'avaient fait l'objet d'aucun recours dans le délai légal, les arrêtés comportant la même erreur de droit que celle qui a entraîné l'annulation de l'arrêté attaqué...en limitant aux seuls agents compris dans l'arrêté du 14 avril 1924 la révision à effectuer en exécution de la décision précitée du Conseil d'État et en refusant, notamment, de procéder à une nouvelle détermination de l'ancienneté attribuée au Sieur Glon... le ministre de la marine marchande a excédé ses pouvoirs »*.

⁵⁸⁵ CE, 28 février 1934, *Sieur Delmas*, Rec. p. 278.

⁵⁸⁶ CE, 4 novembre 1960, *Sieur Faivre et autres*, Rec. p. 587.

⁵⁸⁷ CE, Sect., 3 juillet 1970, *Ministre de l'Équipement et du logement c/Ville de Caen*, Rec. p. 458.

⁵⁸⁸ Cf. P. Weil, thèse précitée, p. 125.

L'annulation par voie de conséquence peut concerner, enfin, des décisions administratives le sort est très étroitement relié, par lien de connexité qui les rend indivisibles, à celui de la décision annulée⁵⁸⁹. Tel est le cas de l'arrêté du préfet approuvant le plan d'occupation des sols et déclarant d'utilité publique certaines des opérations prévues par ce plan. L'annulation de la déclaration d'utilité publique peut entraîner celle de l'arrêté d'approbation du POS⁵⁹⁰. L'effet automatique de la chose jugée (la logique de la rétroactivité) veut que toutes ces décisions (subséquentes/dérivées) tombent au même titre que la décision (initiale) annulée⁵⁹¹. C'est le résultat logique de l'effet absolu de l'annulation⁵⁹². « *Les actes accomplis antérieurement à l'arrêt d'annulation en conséquence de l'acte annulé sont illégaux. Le régime juridique qu'ils établissent est aboli. Il faut tenir pour non avenu les situations de fait ou de droit auxquelles l'acte attaqué a pu donner naissance et appliquer une doctrine de table rase généralisée* »⁵⁹³. Une telle solution peut conduire à une « *imbrication de conséquences qu'il n'y a pas d'autres moyens que de procéder à une validation législative afin d'éviter des troubles encore plus graves que le non respect de la chose jugée* »⁵⁹⁴.

⁵⁸⁹ Voir dans ce sens R. Odent *Contentieux administratif*, T. 2, précité, p. 298 et s ; M. Staub, *L'indivisibilité en droit administratif*, précité, n° 842 et s.

⁵⁹⁰ CE, 2 mars 1984, *Association de défense des droits des propriétaires de Sarlat*, Rec.t. p. 647 ; Droit et ville 1984, no 17, p. 167, concl., contraires Genevois, *R.F.D.A* 1984. 64, note A. A., *Gaz. Pal.* 1984. 2. Somm. 410, note Moderne, *D.* 1985. IR 412, obs. Bon, *A.J.P.I* 1986. 79, chron. Hostiou ; CE, 29 décembre 1993, *Ville de Royan*, req. n° 148567, Rec.T. 900, *CJGE* 1994. 232, concl. Arrighi de Casanova.

⁵⁹¹ L'annulation affecte l'acte à partir de sa naissance même, ce qui met nécessairement en cause les actes individuels d'application pris antérieurement. Voir dans ce sens : C. Vigouroux, conclusion sur CE, Sect. 12 décembre 1986, *Société Gepro*, Rec. p. 282.

⁵⁹² J. Massot, précité, 1979-1980, p. 113.

⁵⁹³ J.-C. Spach, thèse précitée, p. 11.

⁵⁹⁴ F. de Baeque, *La commission du rapport et des études et l'exécution des décisions de justice*, *E.D.CE*, 1982-1983, p. 184.

Section 3. L'annulation rétroactive, une solution qui procède d'une logique purement abstraite

Les deux lois (7 et 14 octobre 1790 et 24 mai 1872) qui ont institué le recours pour excès de pouvoir ont étroitement circonscrit l'office du juge administratif dans une sphère de pure légalité. La seule question soumise au juge par cette voie de recours est « *celle de la conformité d'un acte juridique ou d'une opération matérielle avec une règle de droit* »⁵⁹⁵. La seule circonstance qui motive sa mise en œuvre est la violation de la loi (une atteinte au droit) par un acte administratif. Son but final est clair : « *assurer... le respect de la légalité* »⁵⁹⁶ ou encore « *obtenir dans l'Administration et de l'Administration l'observation de la légalité* »⁵⁹⁷. Ce but passe absolument par l'effacement rétroactif des conséquences que la décision irrégulière a emportées avec elle avant son annulation.

Saisi en ce sens d'une demande recevable, le juge de l'excès de pouvoir examine les critiques faites à un acte administratif du point de vue de sa seule légalité (de sa conformité au droit), constate les faits et interprète la loi applicable à l'espèce dont il est saisi. Quand le sens de la loi est trouvé, il l'applique aux faits, pour rendre ensuite sa décision, qui peut consister soit dans le rejet du recours, soit dans l'annulation de l'acte critiqué.

Dans le cadre de cet examen de la légalité, le juge de l'excès de pouvoir est dans une position de compétence liée, c'est-à-dire qu'« *il ne jouit d'aucun pouvoir discrétionnaire : sa décision lui est dictée par l'état de droit objectif au moment où l'acte a été rendu* »⁵⁹⁸. Il ne prend « *aucune liberté avec la loi qu'il est chargé d'appliquer. Il lui faut sans doute du discernement et souvent une intelligence très déliée pour en pénétrer le sens exact, dans son contact avec les faits ; une fois le sens de la loi déterminé, son rôle se borne à en faire une application mécanique* »⁵⁹⁹.

Lorsqu'il tranche la question de la légalité d'un acte administratif, le juge de l'excès de pouvoir n'a donc aucun pouvoir d'initiative. Il prend la demande en annulation (question de

⁵⁹⁵ M. Waline, *Vers un Reclassement des recours du contentieux administratif*, R.D.P, 1935, précité, p. 222.

⁵⁹⁶ CE, 17 février 1950 *Dme Lamotte*, précité, *Rec.* p. 110.

⁵⁹⁷ M. Hauriou, note sous CE, 8 décembre 1899, *Ville d'Avignon*, S. 1900. III^{ème} part. p. 73.

Voir également la formule du commissaire de gouvernement Pichat le Recours pour excès de pouvoir est « *un instrument mis à la portée de tous pour la défense de la légalité* », concl., sous CE, 8 mars 1912, *Lafage*, S. 1913.3.1, précité.

⁵⁹⁸ J. De Soto, thèse, précitée, p. 236.

⁵⁹⁹ E. Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, R.D.P 1900, p. 227.

droit) telle qu'elle lui a été présentée par la requête en annulation. Il ne dévie jamais de cette attitude. Tout l'office du juge de l'excès de pouvoir est enfermé dans cette question de droit que pose la requête en annulation : l'acte critiqué est-il légal ? Cet office se termine et s'épuise avec la réponse apportée par le juge à cette question.

Ainsi, si l'acte critiqué est déclaré illégal, il sera annulé, et, dans le cas contraire, le recours sera rejeté. Le juge ne peut en aucun cas envisager une autre issue à l'acte querellé⁶⁰⁰. Ce « *système est le seul, en effet, qui permette aux administrés de faire rentrer dans la légalité les actes de l'administration, tout en sauvegardant les prérogatives de la puissance publique (...)* »⁶⁰¹. Aller au-delà serait faire œuvre d'administrateur, et, « *sur ce point, le principe de séparation de l'administration active et de l'administration contentieuse ne permettait aucune doute* »⁶⁰².

Le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir place donc le jugement d'annulation sur un terrain purement juridique et procède d'une logique totalement abstraite. Il tend également à dissimuler davantage le rôle principal du juge administratif dans cette voie de recours (juge limité à trancher une question de droit) et à réserver jusqu'à présent une solution identique à tous les actes administratifs entachés d'irrégularité, à savoir leur annulation rétroactive (totale ou partielle)⁶⁰³. Certains ont même affirmé qu'« *une "savante" machine électronique pourrait théoriquement assurer très bien cette fonction qui consiste à vérifier la conformité ou la compatibilité d'une norme inférieure à ou avec une norme supérieure...* »⁶⁰⁴.

Par ailleurs, lorsqu'il répond favorablement à une demande en annulation, le juge ne se préoccupe pas de réparer le tort fait au requérant qui l'a saisi ni de répondre à un désir quelconque de ce dernier, mais seulement d'effacer d'une manière rétroactive une irrégularité

⁶⁰⁰ Il « *ne peut ni réformer cet acte, ni ordonner aucune des mesures qui pourraient être la conséquence de l'annulation* », E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, T. 2, précité, p. 568.

⁶⁰¹ A. Weber, *Le Contentieux de l'annulation en matière administrative et les solutions nouvelles de la jurisprudence*, thèse Caen 1909, p. 23.

⁶⁰² Voir dans ce sens, P. Weil, thèse précitée, p. 6.

⁶⁰³ C'est d'ailleurs la seule chose que puisse légalement demander le requérant : CE, 7 novembre 1984, *Soc. Coteba*, *Rec.* p. 315. Voir également dans ce sens J. De Soto, thèse précitée, p. 236 ; R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 247.

⁶⁰⁴ J. Roche, *Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence*, *A.J.D.A.*, 1962, p. 534.

qui a affecté l'action administrative⁶⁰⁵. Il intervient, par sa décision, uniquement pour rétablir une légalité méconnue.

Le recours pour excès de pouvoir est un contentieux objectif, qui peut être engagé par tous⁶⁰⁶. Celui qui le met en œuvre agit au nom de tous⁶⁰⁷. La décision d'annulation prononcée par le juge doit, par conséquent, profiter à tous⁶⁰⁸. Et si, par hasard, un intérêt personnel (subjectif) s'en trouve particulièrement satisfait, « *ce sera par surcroît* », comme l'écrit le Professeur Chapus⁶⁰⁹. Cela dit, lorsque le juge tranche sur la légalité de l'acte attaqué, « *la situation du requérant n'est donc pas censée entrer en ligne de compte dans l'analyse à laquelle procède le juge de l'annulation ; il en va de même des arguments que pouvait avancer l'administration pour tenter de couvrir l'irrégularité de sa décision* »⁶¹⁰.

Il suit de là que, contrairement au recours de la pleine juridiction, ni le requérant ni l'administration ne peuvent prétendre à réclamer un droit quelconque dans un jugement d'annulation, car « *ce ne sont pas des parties dans le sens juridique du mot* »⁶¹¹. Le juge doit en conséquence faire abstraction de toutes les considérations qui touchent soit à la situation

⁶⁰⁵ J. Gourdou, *Les conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par le juge administratif*, thèse Pau, 1996, p. 410. Voir également Jean De Soto, thèse précitée p. 46 : « *Il s'agit d'une question de validité de l'acte et non plus de rétablissement de l'équilibre matériel et par équivalent entre les intérêts en présence* ».

⁶⁰⁶ Voir dans ce sens conclusions sur CE, 8 mars 1912, *Lafage*, Rec. p. 348, précité.

⁶⁰⁷ « *Le demandeur est une sorte d'agent du ministère public qui agit pour assurer le respect de la loi, et non pas un particulier qui demande la sanction d'un droit dont il prétend titulaire* », Léon Duguit, *L'État, les gouvernants*, 1903, p. 133. Voir également : J. Gourdou, thèse précitée, p. 398 : « *le requérant qui présente une demande d'annulation au juge administratif est traditionnellement perçu comme agissant non pour son propre compte, mais bien en tant que représentant de l'ensemble des administrés (...), celui que prend l'initiative de la contestation le fait comme porte-parole de la collectivité, tout entière intéressée par la conformité de l'action administrative à la règle de droit qui s'impose à elle* ».

⁶⁰⁸ « *la juridiction constate quelle est la loi ; sa décision vaut en quelque sorte loi ; elle implique l'accomplissement des mesures nécessaires, par les agents chargés d'appliquer la loi et l'annulation des actes fait en violation de la loi* », L. Duguit, *L'État, les gouvernants*, précité, p. 133.

Voir également dans ce sens, M. Kellershohn, *Des effets de l'annulation pour excès de pouvoir*, thèse Bordeaux 1915, p.188.

⁶⁰⁹ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 244.

⁶¹⁰ J. Gourdou, thèse précitée, p. 410.

Voir également R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 244 : « *Il ne s'agit pas pour le juge de reconnaître que le requérant est titulaire d'un droit à l'encontre de l'administration, ou que cette dernière est tenue par une obligation à l'égard du requérant. Il s'agit de décider du sort de l'acte contre quoi le recours est dirigé* ».

⁶¹¹ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, T. 2, p. 562, précité.

Voir également dans ce sens : CE, 8 décembre 1899, *Ville d'Avignon*, S. 1900. 3. 73, note Hauriou : « *Les instances engagées par l'application des lois des 7-14 octobre 1872 n'ont pas le caractère de litiges entre parties* » ; CE, Ass., 21 avril 1944, *Soc. Dockès frères*, Rec. p. 120 ; CE, 19 avril 1950, *de Villèle*, Rec. p. 214 : « *Le litige soulevé par le recours pour excès de pouvoir n'est pas un litige entre parties* » ; R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 245.

subjective du requérant, soit à l'opportunité⁶¹² de l'action administrative. Il « *n'a qu'à examiner si l'acte administratif attaqué doit ou non être annulé en raison du vice qui lui est reproché ; il n'a pas à se préoccuper des conséquences, positives ou négatives, de son jugement* »⁶¹³, et notamment, *des tiers à celui-ci, « puisqu'ils ne sauraient être titulaire d'aucun droit de nature à faire obstacle à l'annulation prononcée »*⁶¹⁴.

Lorsqu'il est saisi d'une demande recevable et qu'une illégalité est constatée, le juge ne doit donc manifester aucun *a priori* quant à la solution qu'il va donner au litige. Il n'existe pas en principe de solution intermédiaire dans le recours pour excès de pouvoir. Il n'y a pas non plus de place pour l'équité, ni d'ailleurs pour une possibilité de rectification. Le jugement d'annulation doit opérer d'une façon radicale. Un acte administratif jugé illégal n'a pas sa place dans l'ordonnement juridique. Il faut qu'il « *soit radié de l'ordre juridique et qu'il ne puisse produire en aucun cas d'effets. Il faut, afin d'atteindre cet objectif, que la constatation juridictionnelle de la nullité agisse non seulement sur l'avenir, mais aussi sur le passé, qu'elle ait un effet rétroactif* »⁶¹⁵. Appliquer, par exemple, ce principe au jugement d'annulation d'une investiture irrégulière, le juge « *n'a pas à mesurer la valeur et les effets de la sentence d'après l'intérêt des requérants à obtenir justice. En réalité, la situation à laquelle l'acte d'investiture irrégulier a donné naissance n'a pas de valeur au regard du droit (...) Les avantages de carrière accordés à tort sont censés n'avoir jamais existé. Le fonctionnaire doit en être dépouillé rétroactivement* »⁶¹⁶.

⁶¹² « ...le Conseil d'État ne peut apprécier l'opportunité des mesures qui lui sont déférées par voie du Recours pour excès de pouvoir » CE, 14 janvier 1916, *Camino*, Rec.p.15, R.D.P 1917, p. 463, Concl., Corneille, note Jèze.

⁶¹³ Romieu, concl., sous CE, 4 août 1905, *Martin*, Rec. p. 749, D. 1907.3.49, R.D.P. 1906, p. 249 note Jèze

⁶¹⁴ J. Gourdou, thèse précitée, p. 413.

⁶¹⁵ J.-Y. Vincent, *L'évidence en contentieux administratif*, thèse Rennes, PUR, réédition 2013, p. 299.

⁶¹⁶ J. Spacht, thèse précitée, p. 35.

Conclusion du chapitre 1 :

La conception traditionnelle qui domine le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir semble aujourd'hui ne plus répondre efficacement à la réalité sociale du litige administratif. Le jugement de l'annulation, qui se veut une simple opération déductive (consistant à vérifier la conformité au droit d'une décision administrative), acceptable en théorie, se révèle en pratique un procédé « *purement destructeur* »⁶¹⁷. Il révèle également un juge administratif insensible (impassible) quant aux conséquences de sa décision. Il pense et juge selon un rituel qui l'a longtemps éloigné de la vie réelle. Il vit quasiment en autarcie, dans un monde à part, pour ne pas dire abstrait. Quand un requérant s'adresse lui, on a souvent l'impression qu'il dit le droit pour lui-même. Pour le juge, le monde réel se limite au prétoire. Il examine d'une façon abstraite la conformité au droit d'une décision administrative. Tout ce qui relève de la situation subjective du requérant ne peut être discuté devant lui. On peut affirmer que le contentieux de pleine juridiction se révèle, dans ce cas de figure, mieux adapté aux attentes des justiciables, parce qu'il permet à ces derniers de discuter et de faire valoir leurs droits subjectifs.

⁶¹⁷ B. Pacteau, *Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ?* R.A 1999, n° S, p. 51. s. p. 58.

Chapitre 2 :

L'approche réaliste du recours pour excès de pouvoir comme solution nouvelle au litige administratif

« *Le droit, écrit Chaïm Perelman, se développe, en équilibrant une double exigence, l'une d'ordre systématique, l'élaboration d'un ordre juridique cohérent, l'autre, d'ordre pragmatique, la recherche des solutions acceptables par le milieu, parce que conformes à ce qui lui paraît juste et raisonnable* »⁶¹⁸.

On ne saurait mieux résumer l'esprit qui anime aujourd'hui le juge de l'excès de pouvoir dans le contrôle juridictionnel de l'action administrative. En effet, conscient de l'influence que pourraient avoir ses décisions sur d'autres actes juridiques postérieurs à la décision annulée⁶¹⁹ et leurs éventuelles incidences sur le milieu social et économique où elles sont appliquées, le juge administratif a dû tempérer la conception strictement légaliste du recours pour excès de pouvoir en évitant de se placer sur son seul terrain, et choisit –pour certains litiges– ceux du réalisme et de l'équité. Ce faisant, le juge parvient à trouver un juste équilibre entre les exigences de la légalité et les réalités du litige administratif. **Section 1.** Une telle démarche contribue à atténuer cette conception strictement légaliste qui domine le contentieux de l'excès de pouvoir. **Section 2.**

⁶¹⁸ Ch. Perelman, *Logique juridique*, 2^{ème} édition, Dalloz, 1999, n° 94.

⁶¹⁹ L. Alcindor, *Des différentes espèces de nullités des actes administratifs*, thèse Paris, 1912 p, 109.

Section 1 : La recherche d'un juste équilibre entre les exigences de la légalité et les réalités du litige administratif ou l'appréciation de l'opportunité d'une annulation

Le problème de l'exécution des jugements d'annulation, tel qu'il se présente aujourd'hui devant le juge administratif, ressort de l'affrontement de deux données particulières : d'une part, une aspiration à un contrôle efficace et de plus en plus étendu de l'action administrative ; d'autre part, l'impératif de préservation de la stabilité des situations juridiques et des droits acquis. Afin de concilier ces deux exigences, le juge administratif a dû atténuer la conception absolument mécanique de la chose jugée, qui postule que tout doit disparaître après un jugement d'annulation. Il a dû innover et revoir ses méthodes de travail pour les adapter aux réalités du litige administratif, à celles du milieu social et économique de la société. Pour ce faire, le juge n'hésite pas à limiter les effets automatiques des jugements d'annulation qu'il prononce (§1.), voire à faire usage de la méthode du bilan pour apprécier d'une façon concrète l'après-jugement, c'est-à-dire les retombées de sa décision (§2).

§1. La limitation de l'effet automatique d'une annulation : le juge annule sous réserve de ce qui a été fait ou de ce qui est définitivement acquis.

Face aux multiples difficultés, aussi bien juridiques que pratiques, que pose le strict respect de la chose jugée, le juge administratif s'efforce de restreindre les retombées mécaniques d'une annulation. Ainsi, pour mieux garantir la stabilité des situations individuelles mais aussi pour préserver la sécurité des relations sociales, le juge accepte la possibilité d'une remise en état seulement partielle des choses par l'administration après un jugement d'annulation. Il annule sous réserve de ce qui a été fait ou encore sous réserve de ce qui est acquis et devenu définitif. Deux exemples typiques illustrent parfaitement la démarche pragmatique du juge faisant prévaloir la sécurité juridique sur la logique mécanique de l'annulation : l'exemple d'actes édictés par un fonctionnaire de fait (A), le cas des droits acquis nés d'une décision administrative irrégulière (B).

A. L'exemple d'actes édictés par un fonctionnaire de fait

Un individu occupe une fonction, exerce une compétence, accomplit des actes au nom d'une autorité administrative. Mais, en vérité, il est dépourvu de compétence légale, ce qui peut recouvrir en pratique de multiples hypothèses : une investiture issue d'une élection irrégulière⁶²⁰ ou d'une nomination irrégulière⁶²¹ ; un agent public mis à la retraite⁶²² ; un agent public démissionnaire, révoqué, suspendu de ses fonctions, qui continue à exercer les attributions de sa charge malgré l'événement qui y a mis fin⁶²³. Ultérieurement, le vice ou le défaut de compétence est donc démasqué. À la suite de son constat, le juge déclare que le droit de la fonction publique n'a pas été appliqué, et qu'il n'y a pas eu institution véritable d'un agent public, dont l'investiture est annulée. L'individu doit immédiatement quitter le service, car c'est un fonctionnaire de fait, c'est-à-dire un individu qui n'a pas été investi de la fonction qu'il exerce ou qui ne l'a pas été régulièrement, parce qu'il n'a pas été l'objet d'une nomination ou parce que sa nomination a été irrégulière⁶²⁴.

Plusieurs questions de droit se posent dès lors. Que deviennent les actes juridiques accomplis par cet individu entre la date d'investiture et la date de l'annulation de celle-ci par le juge ? Quel est leur sort ? Doivent-ils être regardés comme étant irréguliers dès l'origine ? L'irrégularité qui a entaché la nomination affecte-t-elle également les actes qu'il a accomplis ? Ou bien, au contraire, ces actes restent-ils distincts et séparés de la personne de l'agent dont l'investiture est annulée, chacune de ces deux catégories d'actes (nomination, actes accomplis) conservent son régime propre et produisent ses effets propres ?

⁶²⁰ Voir par exemple, CE., 16 juillet 1920 Election de Ciadoux, *R.* p. 716 ; CE., 10 décembre 1919 Election de Muides, *Rec.* p. 1063 (idem) ; CE., 27 octobre 1961 Commune de Moule, *A.J.D.A.*, 1962-II-p.355 ; CE., Ass. 2 décembre 1983 *M. Jean Charbonnel et autres*, *A.J.D.A.*, 1984, p. 105.

⁶²¹ CE., 2 novembre 1923 Association des fonctionnaires de l'Administration centrale de PTT et Sieur Bousquié, *Rec.* p. 699 ; CE., 24 juin 1953 Sieur Perchel, *Rec.* p. 312.

⁶²² CE., Sect. 16 mai 2001, Préfet de police, p. 234, *A.J.D.A.*, 2001, p. 643, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *A.J.D.A.*, 672, note A. Legrand, *D.A.*, 2001, n°178, note M.-L. Laurent, *R.D.P.*, 2001, p. 645, note X. Prétot ; *R.D.P.*, 2002, p. 714, obs. C. Guettier : affaire du maintien en fonction du préfet Massoni après survenance de la limite d'âge.

⁶²³ Voir dans ce sens, G. Jèze, *Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait*, *R.D.P.* 1914, p. 48 et s ; *Les principes généraux du droit administratif*, T. 2, 3^{ème} édition, réédition Dalloz 2003, p. 296 et s.

⁶²⁴ R. Bonnard, *Précis de droit administratif*, 4^{ème} édition, Paris, L.G.D.J., 1943, p. 100.

Voir également dans ce sens, G. Jèze : il est fonctionnaire de fait, l'individu qui « dans certaines conditions de fait, occupe la fonction, exerce la compétence, accomplit l'acte, à la suite d'une investiture irrégulière : il invoque une investiture : nomination, élection, délégation, etc., mais celle investiture est irrégulière ; ou bien elle a été irrégulière dès l'origine : nomination, élection, délégation, illégales ; ou bien le titre d'investiture est périmé : révocation, suspension, démission acceptée, dissolution expiration du délai, nomination ou élection à une fonction incompatible, etc. », *Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait*, *R.D.P.* 1914, p. 48, s. p. 59 ; *Les principes généraux du droit administratif*, T. 2, 3^{ème} édition, p. 296, précités.

1. Rappel du principe de l'inexistence des actes accomplis par un fonctionnaire de fait

Au premier abord, on est tenté de dire que la réponse va de soi : sont inexistant⁶²⁵ les actes juridiques accomplis par un individu non régulièrement investi⁶²⁶. Le vice entachant ce type d'actes est tellement grave⁶²⁷ qu'il affecte non seulement leur validité en tant qu'actes juridiques, mais aussi leur « être » même⁶²⁸. L'excès de pouvoir devient ainsi tellement évident, qu'on pourrait tenir de tels actes pour de simples voies de fait⁶²⁹ ou les assimiler à de simples faits ou actes d'un particulier⁶³⁰. En effet, selon la définition communément (généralement) admise, l'acte administratif est un acte juridique qui émane d'une autorité⁶³¹ comprise dans la hiérarchie ou relevant de la tutelle administrative. En ce sens qu'il n'a de valeur juridique que de la seule volonté de l'autorité investie de la compétence à l'effet de le

⁶²⁵ L'acte juridiquement inexistant peut être défini, selon le Professeur Weil « *comme celui qui ne peut être rattaché à aucune disposition législative ou réglementaire ou, plus généralement, à aucun pouvoir appartenant à l'Administration* », P. Weil, *Une résurrection : la théorie de l'inexistence*, D. 1958, chron. pp. 49 s. p. 51.

Il existe, selon Laferrière, deux cas d'inexistence d'un acte juridique : d'une part lorsqu'il y a usurpation de pouvoir, et d'autre part lorsque l'administrateur est sorti « non seulement de ses propres attributions, mais des attributions même de l'autorité administrative », soit en empiétant sur les pouvoirs législatif ou judiciaire, soit en portant atteinte aux libertés publiques ou aux droits privés. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^{ème} édition 1896, T.1 p. 497, et t. 2, p.479, précités.

Voir également dans ce sens P. Weil, *Une résurrection : la théorie de l'inexistence*, D. 1958, chron., précitée, p. 50

⁶²⁶ « *L'acte fait par une personne dénuée de toute autorité, écrivait E. Laferrière, n'est pas seulement annulable, il est inexistant; les mesures d'exécution auxquelles il donnerait lieu peuvent, dans certains cas, constituer des voies de fait engageant la responsabilité personnelle de leur auteur devant les tribunaux judiciaires. Il est inutile de recourir à la procédure du recours pour excès de pouvoir pour mettre à néant un pareil acte ; il suffit de faire constater son inexistence légale devant toute autorité ou juridiction appelée à en connaître* », *Traité*, t. II, seconde édition p. 498.

Voir également dans ce sens : P. Duez, et G. Bebeyre : « *Dans la stricte logiques des principes, l'investiture est illégale. Elle ne devrait pas avoir de valeur juridique. Les actes accomplis par l'agent irrégulièrement investi sont nuls* », *Traité de droit administratif*, Dalloz, 1952, p. 743 ; R. Latournerie : « *dans la rigueur du droit, tous les actes accomplis par les agents non régulièrement investis auraient dû être réputés nuls* », *Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État, Livre jubilaire du Conseil d'État*, 1952, p. 232, note 224.

⁶²⁷ Il s'agit en effet du vice d'incompétence. Lequel « *est pour l'acte administratif un vice radical parce que les pouvoirs des agents publics sont rigoureusement attribués et répartis par la loi ; la notion de compétence est, en effet, la base de tout le droit public : nul agent ne peut exercer d'activité que dans le cadre de la compétence juridique qui lui a été dévolue* », Y. Gaudemet, *Droit administratif, L.G.D.J.*, 18^{ème} édition, p. 140.

⁶²⁸ Voir dans ce sens : G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif, P.U.F.*, 12^e édition, T. 2, précité, p. 263.

⁶²⁹ En effet, selon le professeur Weil, le rapprochement s'impose entre les deux notions : « *l'inexistence, dit l'auteur, est l'une des sources de la voie de fait, en ce sens que l'exécution d'un acte inexistant constitue toujours une voie de fait* », *Une résurrection : la théorie de l'inexistence*, précité, p. 52.

Voir également dans ce sens : E. Desgranges, *Essai sur la notion de voie de fait en droit administratif français*, thèse Potiers, 1937, p. 128 et s.

⁶³⁰ Voir dans ce sens, J.-M. Auby, *La théorie de l'inexistence des actes administratifs, thèse, Paris*, 1950 ; P. Weil, *Une résurrection : la théorie de l'inexistence*, D. 1958, chron. pp. 49 et ss, précité ; F. Wodié, *L'inexistence des actes juridiques unilatéraux en droit administratif français*, A.J.D.A 1969, p. 67.

⁶³¹ Par autorité, il faut entendre l'« *organe de l'administration ayant reçu dans ses attributions, de par les règles de l'organisation administrative, le pouvoir de prendre des décisions juridiques* » M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, réédition Dalloz, 12^{ème} édition, précité, p. 373.

prendre. « *L'acte n'est pas valable et peut être écarté, dès lors que fait défaut l'une des trois conditions : volonté, compétence, situation juridique....* »⁶³².

Cela dit, tous les individus n'ont donc pas compétence⁶³³ pour faire des actes juridiques (actes administratifs) au nom de l'administration. Seul un agent régulièrement investi, ayant fait l'objet d'une désignation régulière, peut prétendre à la situation légale d'agent public, et par conséquent revendiquer le pouvoir d'accomplir des actes juridiques au nom de l'administration (d'une autorité publique). C'est là une condition indispensable pour que la loi de la fonction publique puisse être appliquée. En effet, « *s'il n'y a pas de pouvoir légal, il ne peut pas y avoir d'acte juridique. L'individu qui n'est pas régulièrement investi de la fonction n'a pas de pouvoir légal (...) les nullités sont d'ordre public elles n'ont pas besoin d'être formellement prononcées par la loi comme sanction des irrégularités. Toute la théorie du recours pour excès de pouvoir est l'application de cette idée* »⁶³⁴. Les actes accomplis par un fonctionnaire de fait n'ont donc pas le caractère administratif et ne peuvent en aucun cas recevoir d'exécution. Ce sont des actes inexistant. Il n'est même pas besoin de former un recours contre ce type d'actes, « *on ne peut supprimer ce qui n'existe pas* »⁶³⁵. Les particuliers n'ont donc pas à leur obéir. « *Si l'agent a excédé ses pouvoirs ou violé les formes, personne ne doit tenir compte de sa déclaration : pourquoi s'inquiéterait-on d'un fantôme d'acte ?* »⁶³⁶. « *Dans un État civilisé et ordonné les agents publics tirent leur autorité et leur prestige si utiles à la bonne marche des services du fait qu'ils agissent en vertu et en conformité de la loi. Reconnaître une valeur quelconque à ce qui a été fait en dehors de la loi, c'est ouvrir la porte à la violence, à l'anarchie. Peu importe la pureté d'intention ; il ne peut y avoir d'ordre que dans le respect strict de la règle de droit* »⁶³⁷.

⁶³² L. Alcindor, thèse précitée, p. 17.

⁶³³ La compétence est cette aptitude qui confère à un agent le pouvoir de faire certains actes juridiques au nom de l'autorité administrative.

Voir dans ce sens, J. Spach : « *La compétence des agents publics constitue d'une part le droit de faire légitimement un certain nombre d'actes en vue du fonctionnement du service auquel ils sont rattachés, d'autre part l'élément de la situation fonctionnelle qui oblige la collectivité à réparer des dommages causés par ses employés* », *Les suites de l'annulation d'une nomination, promotion, révocation ou mise à la retraite*, thèse Paris, 1936, p. 135.

⁶³⁴ G. Jèze, *Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait*, R.D.P., 1914, précité, p. 49.

⁶³⁵ L. Alcindor, *Des différentes espèces de nullités des actes administratifs*, thèse, précité, p. 29.

⁶³⁶ Idem, pp. 17 et 18.

⁶³⁷ J. Spach thèse précité, p. 136.

Voir également dans ce sens : M. Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, Librairie du Recueil Sirey, 1951, 6^{ème} édition, p. 409 : « *le fonctionnaire de fait étant sans pouvoir ; or, un acte administratif ne peut être valable si son auteur était sans pouvoir pour le faire. Décider le contraire serait d'ailleurs ouvrir les portes à l'anarchie* ».

Saisi à cet effet par des tiers (toutes personnes) intéressés, le juge administratif va corriger les apparences de cette investiture irrégulière. La nullité absolue sera alors la seule sanction rationnelle qui puisse frapper cette dernière. L'acte du fonctionnaire de faire est ainsi censé n'avoir jamais existé, la constatation de son inexistence ne saurait être réservée à la seule juridiction administrative ; tout juge en effet et même toute personne ou autorité peuvent constater « *le néant juridique que constitue cet acte* », disait Professeur Weil⁶³⁸.

Sans doute, on conçoit logiquement que l'annulation de cette investiture retentisse également sur la compétence du fonctionnaire de fait. Ce dernier est censé n'avoir jamais exercé aucune compétence. Les actes juridiques, par lui accomplis, doivent par conséquent être regardés comme des actes nuls et nonavenus. Son action (activité) n'a jamais pu engager la responsabilité de l'administration. L'annulation rétroactive serait alors la sanction la plus juste –et la plus logique– que puisse faire subir le juge à un acte déficient de ces conditions de validité, en l'espèce la compétence.

Il faut le dire tout de suite, la raison de cette solution (de principe !) joue un rôle de premier ordre : elle tient même le grand rôle ! C'est en effet le moyen d'incompétence qui a donné naissance à toute la théorie du recours pour excès de pouvoir ; c'est un moyen d'ordre public, qui peut et doit être relevé par le juge, et même soulevé d'office par lui⁶³⁹.

⁶³⁸ P. Weil, *Une résurrection : la théorie de l'inexistence*, D. 1958, chron. p. 49, s. 54, précité.

⁶³⁹ CE, 16 juillet 1915, *Couvenhes*, Rec. p. 239.

2. La réalité des faits et l'atténuation de ce principe

Si séduisante qu'elle soit, cette argumentation semble exagérée : elle fait « *une part tout à fait excessive, à nos yeux, à une déduction purement logique, initialement fondée sur une fiction* », pour reprendre la formule du commissaire de gouvernement Parodi dans ses conclusions sous l'affaire *Deberles*⁶⁴⁰. En effet, on ne peut raisonner ainsi que si l'on considère l'acte administratif comme un acte juridique abstrait, détaché de la vie réelle et sociale. La possibilité de le faire disparaître rétroactivement avec toutes ses conséquences juridiques serait alors un fait purement mécanique.

Nous doutons que le juge administratif ait nourri un tel dessein. « *Il suffit ...de se livrer à une observation superficielle des faits pour constater que les choses ne se passent pas toujours ainsi* »⁶⁴¹. En effet, si, en période normale, l'annulation rétroactive garde bien sa rigueur – l'acte annulé pour excès de pouvoir doit disparaître rétroactivement, et emporter avec lui tout ce qui est né de lui avant son annulation –, dans des situations exceptionnelles, la jurisprudence a opté pour des solutions exceptionnelles : elle a accepté de mettre en œuvre ce qu'il convient d'appeler aujourd'hui un **jugement mesuré ou réaliste de la légalité**. « *Le juriste, disait Gaston Jèze, a à résoudre, non pas des problèmes de mathématique pure, mais des problèmes sociaux éminemment complexes ; il doit s'efforcer de concilier les intérêts divers en conflit, d'obtenir le maintien de la paix sociale* »⁶⁴².

Cela dit, dans le cas d'un individu ayant bénéficié d'un titre d'investiture irrégulier, le Conseil d'État a décidé, et la solution est générale, que c'est un titre qui doit tout de même être respecté jusqu'au moment où une décision d'annulation le fera disparaître. Ses actes, bien qu'ils aient été accomplis par un individu irrégulièrement investi, ont donc la qualité d'actes administratifs⁶⁴³ et doivent, par conséquent, recevoir une pleine exécution, en ce sens qu'ils peuvent être invoqués par les administrés mais aussi se les voir opposer par l'autorité

⁶⁴⁰ Parodi, conclusions sous CE., Ass. 7 avril 1933, *Deberles*, *Rec.*, p. 439, S. 1933, III^{ème} part., p. 68, *R.D.P* 1933, p. 624, spec. 632.

⁶⁴¹ L. Alcindor, *Des différentes espèces de nullités des actes administratifs*, thèse précitée, pp 17 à 18.

⁶⁴² G. Jèze, *R.D.P* 1914, précité, p. 52.

⁶⁴³ CE, sect., 5 mars 1948, *Sieur Marion et autres et Commune de Saint-Valéry-sur-Somme*, *R.D.P* 1948, p. 270, dans cet arrêt le Conseil d'État a confirmé le caractère administratif des actes accomplis par un fonctionnaire de fait : « *Considérant que ces actes n'étaient pas étrangers à la compétence légale des autorités municipales ; que, dans la mesure où les circonstances exceptionnelles nées de l'invasion leur conféraient un caractère de nécessité et d'urgence, ils devaient, bien qu'émanant de l'autorité de fait substituée auxdites autorités, être regardés comme des actes administratifs* ».

administrative⁶⁴⁴. Cette solution a tout d'abord été dictée, pour l'élection des conseillers municipaux, par l'article L. 250 du code électoral⁶⁴⁵, aux termes duquel : « *Les conseillers municipaux proclamés restent en fonctions jusqu'à ce qu'il ait été définitivement statué sur les réclamations* ». Elle a, ensuite, été généralisée par le Conseil d'État, dans sa décision d'assemblée *Association des Fonctionnaires de l'Administration Centrale des Postes et Télégraphes et sieur Bousquié* en date du 2 novembre 1923 (Rec., p. 699), à tous les agents publics⁶⁴⁶. Il s'est agi, dans cette affaire, d'un agent de l'Administration centrale qui avait été nommé chef du secrétariat administratif. À ce titre, il avait participé aux travaux et décisions d'une commission centrale d'avancement, qui dressait le tableau d'avancement des agents. Ultérieurement, sa nomination fut reconnue irrégulière et, en conséquence, annulée. Un certain nombre d'agents des P.T.T. avaient saisi le Conseil d'État d'un recours pour excès de pouvoir contre les décisions prises par cette commission avec la participation d'un agent nommé irrégulièrement. Le Conseil d'État a rejeté le recours et déclaré que l'irrégularité reconnue et l'annulation de la nomination n'étaient pas de nature à entraîner l'invalidité des décisions prises avec la participation de cet agent. Cette solution, le Conseil d'État l'a consacrée dans des termes généraux, qui font de la décision précitée un arrêt de principe : « ... *un fonctionnaire irrégulièrement nommé aux fonctions qu'il occupe doit être regardé comme légalement investi de ces fonctions tant que sa nomination n'a pas été annulée* »⁶⁴⁷ et « tant

⁶⁴⁴ Bien entendu, sous condition que ces actes auraient été accomplis « *par le fonctionnaire de fait dans les formes et dans les conditions légales, dans les limites de la compétence dont sont investis les agents réguliers ; en d'autres termes, l'acte ne sera juridiquement valable que si, accompli par l'agent régulièrement investi de la fonction, il eût été valable. Le seul vice qui soit couvert par la théorie des fonctionnaires de faits, c'est l'absence d'investiture régulière de l'auteur de l'acte* », G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, T. 2, 3^{ème} édition, précité, p. 297.

Voir également, dans ce sens, E. Jouve : « *Ces actes sont cependant réputés réguliers et valables s'ils satisfont aux règles de forme et de fond que l'autorité aurait dû observer. Les administrés peuvent les invoquer et se les voir opposer s'ils rentrent dans la compétence de l'autorité de droit* », *Recherche sur la notion d'apparence en droit administratif*, R.D.P., 1968, p. 312.

⁶⁴⁵ Article 40, alinéa 6, de la loi du 5 avril 1884.

⁶⁴⁶ Voir dans ces sens : CE, Ass. 27 octobre 1961, *Commune du Moule*, Rec., p. 920, A.J.D.A., 1962, p. 355, note C. M. ; CE, Ass., 2 décembre 1983, Charbonnel, Rec., p. 474, concl. M. Roux, A.J.D.A., 1984, p. 76, chron. B. Lasserre et J.-M. Delarue, R.D.P., 1985, p. 827, note J. de Soto ; CE, Sect. 16 mai 2001, *Préfet de Police*, Rec. p. 234, A.J.D.A., 2001, p. 643, chron. M. Guymar et P. Collin et p. 672, note A. Legrand, *Dr. Adm.* 2001, comm. 178, note M.-L. Laurent, R.D.P., 2001, p.645, note X ; Pretot, R.D.P. 2002, p. 714, note C. Guettier.

Voir sur ce régime, R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} édition, précité, n°1256.

⁶⁴⁷ Voir dans le même sens, CE, 21 novembre 1934, *Nicod*, Rec. p.1087 ; CE, 10 décembre 1920, *El. de Muides Loir-et-Cher* Rec., 1063 : dans cette dernière affaire, le Conseil d'État a jugé qu'un maire est régulièrement élu malgré la participation au scrutin de conseillers municipaux dans l'élection a été contestée et est ultérieurement annulée ; CE, 7 juillet 1967 *Elections de Guagno*, Rec. p. 303 : la circonstance que plusieurs conseillers municipaux, qui ne pouvaient légalement siéger au Conseil municipal, compte tenu de leur qualité de conseillers forain en nombre excédentaire, ont participé à l'élection du maire et adjoint n'est pas de nature à entacher cette élection d'irrégularité dès lors qu'au jour du scrutin, la proclamation des intéressés en qualité de conseillers municipal n'avait pas fait l'objet d'une annulation devenue définitive ; CE, 17 mai 1974 *Élections municipales de Camelas*, Rec. p. 292 : un maire reste légalement en fonction jusqu'au jour où il reçoit notification de la décision annulant son élection comme conseiller municipal.

que sa nomination n'est pas annulée, un agent public, même irrégulièrement nommé, accomplit valablement les actes relevant de ses fonctions »⁶⁴⁸. Une telle solution paraît commandée par le bon sens et la logique⁶⁴⁹. En effet, « une injustice vaut mieux qu'un désordre : mieux vaut maintenir les actes accomplis par un fonctionnaire dont la nomination a été annulée que de les remettre tous en question »⁶⁵⁰.

Rappelons que, pendant un temps plus ou moins long, l'individu irrégulièrement investi a occupé une fonction, a accompli des actes juridiques au nom d'une personne publique. De bonne foi, les tiers ont cru à la régularité de son investiture, car il a traité publiquement et paisiblement avec eux⁶⁵¹. Il serait par conséquent déraisonnable, voire inadmissible, de faire tomber d'un coup tous ces actes. D'autant que les tiers de bonne foi n'ont rien à se reprocher et n'ont souvent aucune possibilité de se rendre compte de la régularité d'une investiture, ni même des limites légales de la compétence de l'agent qui traite avec eux⁶⁵². « Le justiciable, écrit Jèze, ne connaît pas ses juges, l'administré ne connaît pas les autorités de police, etc. »⁶⁵³. Cette argumentation traduit, bien évidemment, l'idée générale de confiance qu'est censée inspirer, par son caractère officiel, l'action administrative⁶⁵⁴.

Un agent qui agit d'une façon sereine et régulière au nom d'une autorité administrative est supposé régulièrement investi. Ses actes sont également supposés valables et doivent

⁶⁴⁸ CE, 8 février 1995, *Mme Robert*, D.A., 1995, n° 279.

⁶⁴⁹ « L'application rigoureuse de la règle de droit sur l'institution des agents serait, dans bien des cas, susceptible de conduire à des solutions socialement inacceptables. Les nécessités de la vie sociale demandent qu'il soit, sous certaines conditions à déterminer, juridiquement tenu compte des rapports de fait intervenus dans de semblables circonstances. La règle de droit sur l'institution des agents n'a qu'une valeur de finalité. Elle est uniquement une loi d'organisation édictée en vue de la réalisation de la solidarité sociale. Le but à atteindre doit être la mesure de son application. Lorsque le jeu de cette loi risque de porter atteinte aux intérêts qu'elle a pour mission de protéger, une autre règle doit venir atténuer les effets de la première ». T. Rousseau, *Essai d'une théorie de la fonction et des fonctionnaires de fait*, thèse Paris, L.D.S.P., 1914, p.7

⁶⁵⁰ P. Weil, thèse précitée, p. 175.

⁶⁵¹ Voir dans ces sens, l'illustration donnée par Gaston Jèze (*R.D.P.* 1914, précité) : Un mariage, célébré par une personne qui n'était pas nullement qualifié pour cela, n'est pas purement théorique.

Cet exemple a donné lieu en pratique à une affaire célèbre sous le nom d'affaire des mariages de Montrouge, dans laquelle un conseiller municipal, à qui le maire de Montrouge avait irrégulièrement délégué les fonctions d'officier de l'état civil sans suivre l'ordre du tableau, avait célébré un certain nombre de mariages. Le tribunal de Seine prononça la nullité des trois mariages ainsi célébrés. Mais la Cour de cassation décida que les mariages étaient valables (Civ., 7 août 1883, *D.*, 1884. 1. 5 ; *S.*, 1884. 1. 5).

Du point de vue de la logique juridique, les mariages auraient dû être déclarés nuls. Cependant, la nécessité de préserver l'intérêt des tiers a fait écarter cette solution.

⁶⁵² « Pratiquement, on ne saurait demander aux tiers qui traitent avec un agent public qui a les apparences d'un agent régulièrement investi, qu'ils exigent de ce dernier la justification de la parfaite régularité de son investiture ». G. Jèze, *R.D.P.*, 1914, précité, p. 53.

⁶⁵³ Précité, *R.D.P.*, 1914, p. 56.

⁶⁵⁴ « Quand le gérant d'affaire est l'administration publique, la confiance que l'administration inspire par son caractère officiel est d'autant plus forte et l'obligation de ne pas la tromper est d'autant plus stricte », M. Hauriou, note sous CE, 30 juin 1922, *Lamiable et autres*, *Jurisprudence administrative*, Sirey, 1922, p. 25.

produire leur plein effet juridique. L'intérêt public, qui exige la continuité et la marche régulière des services publics, conduit exactement au même résultat. Il est « *comme le fruit de la réaction des nécessités pratiques sur la rigueur des principes qu'elles viennent tempérer* »⁶⁵⁵. En effet, des administrés qui revendiqueraient à tout instant le droit de vérifier la régularité d'une investiture seraient un obstacle insurmontable à la rapidité d'exécution, qui est l'un des éléments nécessaires au bon fonctionnement des services publics. Il n'y aurait « *aucune régularité dans la marche des services publics si les administrés devaient, avant d'obéir aux injonctions qui leur sont adressées par les agents, exiger autre chose que l'apparence régulière* »⁶⁵⁶. Ce serait obliger l'administration « *à respecter, à la lettre, une légalité trop stricte qui pourrait l'entraver dans son action* »⁶⁵⁷ et compromettre ainsi irrémédiablement son fonctionnement.

⁶⁵⁵ P. Duez et G. Debeyre, *Traité de droit administratif*, Dalloz, 1952, précité, p. 742.

⁶⁵⁶ D.-J. Lavroff, *Le collaborateur bénévole de l'administration*, A.J.D.A, 1959, p. 130.

Voir également G. Jèze, R.D.P 1914, précité, p. 56 : « *Il n'y a pas non plus de service public possible si, avant d'obéir aux autorités publiques, les individus peuvent exiger autre chose que les apparences de la régularité* ».

⁶⁵⁷ A. Mestre, *Le Conseil d'État, protecteur des prérogatives de l'administration : études sur le recours pour excès de pouvoir*, L.G.D.J, 1974, précité, p. 255.

B. La limitation des retombées mécaniques d'une annulation : le cas des droits acquis nés d'une décision administrative irrégulière

Avec le même raisonnement que celui réservé aux actes du fonctionnaire de fait, la nécessité de préserver les droits acquis créés par une décision administrative a conduit le juge administratif à moduler les conséquences résultant normalement de l'application stricte de la chose jugée.

En effet, entre le moment où une décision administrative est intervenue et le moment où elle est annulée par le juge, la décision litigieuse a souvent déjà produit des effets et fait naître des droits au profit des tiers, qu'il serait difficile, voire dangereux, de remettre en cause.

Comment faire, quand on sait que tout doit être effacé en toute hypothèse ? Comment faire quand on sait que « *la société a besoin d'une dose de stabilité ; et elle l'attend du droit* »⁶⁵⁸ ? Pour répondre à cette question, le juge administratif a opté pour un raisonnement pragmatique. Entre l'application de la logique fiction de la rétroactivité, qui veut que tout ce qui a été créé par l'acte annulé doive disparaître et que rien ne doive faire obstacle à l'autorité absolue s'attachant au jugement d'annulation, et la réponse à la nécessité sociale de préserver les droits acquis, le juge a souvent préféré la deuxième solution. Ainsi, « *lorsque l'exécution intégrale d'un arrêt d'annulation aurait pour conséquences de porter atteinte à un droit acquis d'un tiers, cette exécution doit s'arrêter au point précis où commence ce droit acquis. Lorsque la situation d'un tiers est devenue assez respectable pour que son bénéficiaire puisse prétendre avoir un droit acquis à son maintien, il vaut mieux, pense le Conseil d'État, exécuter incomplètement l'arrêt d'annulation que de porter atteinte aux droits de ce tiers ...* »⁶⁵⁹. Cette solution est conforme à la finalité du droit, qui n'est pas exclusivement « *d'assurer la justice entre les hommes* », mais aussi « *d'apporter de la sécurité juridique dans les rapports sociaux* », disait à ce propos le Professeur Marcel Waline⁶⁶⁰.

Les droits acquis par les bénéficiaires d'une décision favorable de l'administration doivent donc être préservés, nonobstant l'illégalité de cette décision, dès lors qu'elle n'a pas

⁶⁵⁸ D. Labetoulle, *Principe de légalité et principe de sécurité*, in *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 403, s. p. 405.

⁶⁵⁹ P. Weil, thèse précitée, p. 106.

⁶⁶⁰ M. Waline, *Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il nier les catégories juridiques ?* in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, T. 1, Bruxelles, Bruylant*, 1963, p. 359, s. p. 364.

été contestée dans le délai du recours contentieux. Une solution contraire porterait une atteinte à « *la légitime sécurité juridique* », que tout bénéficiaire de l'acte annulé est en droit d'attendre de l'administration⁶⁶¹.

Trois exemples parmi les plus connus suffisent pour emporter la conviction sur ce point de vue. D'abord, par l'arrêt « *Caussidéry* » en date du 3 décembre 1954⁶⁶², le Conseil d'État a jugé que l'annulation de la décision fixant l'ancienneté d'un agent, prise sur la base d'un décret illégal, n'autorisait pas l'administration à retirer d'autres arrêtés pris sur la base du même décret et non attaqués pour excès de pouvoir et que l'administration ne pouvait procéder à la révision de la situation des autres agents, cette révision n'ayant pas été rendue nécessaire par la reconstitution de carrière de celui qui avait bénéficié d'une annulation contentieuse. Ensuite, dans son arrêt de section « *Quériaud* » du 1^{er} avril 1960⁶⁶³, la Haute juridiction administrative a jugé que l'annulation de dispositions statutaires ne permettait pas de rapporter les mesures individuelles d'application, qui sont, en l'absence de recours formé à leur encontre, devenus définitives⁶⁶⁴. Enfin, dans son arrêt de section « *Lugan* » en date du 10 octobre 1997⁶⁶⁵, rendu conformément aux conclusions de son commissaire de gouvernement, Mme Valérie Pécresse, la Haute assemblée a jugé que l'annulation d'un concours restait sans effet sur les nominations prononcées sur le fondement de ce concours, en l'absence de recours formé à leur encontre⁶⁶⁶.

Le respect des droits acquis créés par une décision illégale est, nous semble-il, une solution parfaitement équitable. L'exigence de stabilité juridique prend en effet, ici, « *le pas sur le strict respect de l'autorité de la chose jugée : les droits créés au profit de leurs destinataires par des décisions devenues définitives l'emportent sur ceux que devrait tirer le*

⁶⁶¹ V. Pécresse, concl., sous CE, Sect., 10 octobre 1997, *M. Lugan*, précité.

⁶⁶² Rec., p. 640, *D.* 1955, p. 204, note Weil.

⁶⁶³ Rec., p. 245.

⁶⁶⁴ Voir également CE, Sect., 4 février 1955, *Rodde*, Rec., p. 72 : le Conseil d'État a jugé que l'agent qui a omis d'attaquer dans les délais le refus opposé par l'administration à sa demande de réintégration, ce refus devient définitif et crée un droit au profit des collègues de l'intéressé.

⁶⁶⁵ Rec. p. 346.

⁶⁶⁶ Voir dans le même sens l'arrêt rendu le même jour : CE, Sec., 10 octobre 1997, *Sté Strasbourg FM*, Rec., p. 355, concl. V. Pécresse. Le Conseil d'État a jugé que l'annulation du refus d'attribution d'une fréquence radioélectrique est sans effet sur les autorisations d'usage de fréquences délivrées à d'autres sociétés, pour la même zone et pour des services de la même catégorie. Ces autorisations sont devenues définitives, le C.S.A. est tenu de respecter les autorisations ainsi délivrées qui sont créatrices de droits pour leurs bénéficiaires, et il n'a donc pas à procéder à un nouvel appel à candidatures concernant l'ensemble des fréquences déjà attribuées. Voir également dans ce sens : pour l'annulation d'une liste d'aptitude (CE, 10 mars 2004, *Fabre*, Rec., p. 732) ou de classement à l'issue de la scolarité à l'ENA (CE 10 janvier 2007, *Grass*, Rec., p. 8) ; ou encore de la liste du Conseil national des universités (CNU) (CE, 5 décembre 2011, *Bergères*, req. n°334331, *A.J.D.A.* 2011, p.2452, obs. M.-Ch. de Montecler).

tiers de l'annulation contentieuse d'une décision, plus ou moins dépendante des premières, produisant des effets négatifs à son égard »⁶⁶⁷. « Le droit, a écrit Jules Loyer, ne doit pas être traité comme une science purement spéculative, mais aussi, et surtout, comme une science pratique... la valeur de constructions et des système doit s'apprécier sous le double rapport de l'équité et de l'utilité. Il ne faut pas se laisser éblouir par l'éclat mensonger de la logique quand même et malgré tout. La logique, sans perdre ses droits et tout en nous gardant de la fantaisie et de l'arbitraire, ne suffit pas à légitimer et à rendre acceptables les pires solutions. A la déduction brutalement mathématique, il faut substituer en droit la déduction tempérée par le sentiment toujours présent des exigences essentielles de l'utilité et de l'équité ; pour cela il faut ne jamais perdre de vue, dans l'élaboration du système, le but à atteindre : en un mot, une bonne méthode doit préférer au style purement logique le syllogisme téléologique »⁶⁶⁸.

Une exception doit, cependant, être apportée à cette solution, lorsque, notamment, l'illégalité qui a affecté la décision litigieuse est exceptionnellement grave. Le même commissaire de gouvernement Valérie Pécresse, dans ses conclusions sur l'arrêt *Lugan*, cite le cas, par exemple, des décisions obtenues par fraude, ou pour les actes entachés d'une illégalité si grave que le juge peut les déclarer à tout moment inexistantes juridiquement, c'est-à-dire nuls et nonavenus. Il peut s'agir d'une voie de fait (CE, 13 juillet 1966, *Guiguon*, Rec. p. 476), de nominations pour ordre (CE, 30 juin 1950, *Massonaud*, Rec. p. 400), de décisions prises à l'encontre de fonctionnaires ayant atteint la limite d'âge et dont les liens avec le service avaient en conséquence cessé (CE, Sect., 3 février 1956, *De Fontbonne*, Rec. p. 45)⁶⁶⁹.

⁶⁶⁷ E. Untermaier-Kerléo, *Le tiers à l'acte administratif unilatéral : un administré et un justiciable de second rang*, *R.F.D.A.*, 2013 p.285.

⁶⁶⁸ J. Loyer, *Les actes inexistantes*, thèse Rennes, 1908, p. 16.

⁶⁶⁹ V. Pécresse, concl., sur CE Sect., 10 octobre 1997, *M. Lugan*, précité.

§ 2. L'usage du bilan dans l'après-jugement : le juge apprécie concrètement les retombées de sa décision

Utilisée pour la première fois en 1971⁶⁷⁰ pour apprécier la légalité d'une décision administrative d'expropriation, la technique du bilan permet aujourd'hui au juge administratif d'évaluer le plus concrètement possible l'étendue de son office quant aux conséquences à tirer, au stade de l'exécution, d'une illégalité constatée⁶⁷¹. Intervenant au stade de l'après-jugement⁶⁷², la technique du bilan offre au juge administratif une nouvelle méthode de travail⁶⁷³, combinant à la fois le respect de la chose jugée et la sécurité juridique, les droits des justiciables (intérêts privés) et les prérogatives des personnes publiques (et aussi l'intérêt général), et qui s'avère adaptée à la réalité de plus en plus complexe du litige administratif.

Trois domaines illustrent tout particulièrement cette pratique de l'usage par le juge du bilan dans l'après-jugement : le contentieux lié à un ouvrage public mal planté, celui d'un bien illégalement préempté ou encore celui des actes détachables d'un contrat.

⁶⁷⁰ CE, Ass., 28 mai 1971, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville Nouvelle-Est »*, *Rec.*, p. 409, précité.

⁶⁷¹ Qu'il soit saisi régulièrement (en vertu des articles L.911-1, L.911-2 et L. 911-4) en qualité du juge de l'exécution ou que le juge de la légalité s'en autorise.

Voir dans ce sens : A. Van Lang, *De l'usage du bilan dans l'après jugement*, précité, spéc. pp. 1055 et 1071.

⁶⁷² Titre utilisé par A. Van-Lang, *De l'usage du bilan dans l'après jugement*, in *Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 1053.

⁶⁷³ Voir pour les méthodes traditionnelles du juge administratif : Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, précité.

A. L'usage du bilan dans l'après-jugement d'un contentieux lié à un ouvrage public mal planté

Le recours à la technique du bilan dans l'après-jugement a été inauguré par le Conseil d'État dans son arrêt *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans* en date du 29 janvier 2003⁶⁷⁴, confirmant la décision de la Cour administrative d'appel de Marseille ordonnant sous astreinte la dépose d'une ligne électrique irrégulièrement plantée. Le Conseil d'État marque, par cette décision, une nouvelle avancée dans le contentieux de l'ouvrage public⁶⁷⁵, et plus précisément dans le principe dit « d'intangibilité⁶⁷⁶ de l'ouvrage public⁶⁷⁷ », exprimé par l'adage : « *ouvrage public mal planté ne se détruit pas* ». L'application de ce principe interdit, en effet, que le juge prescrive des mesures, sous quelque forme que ce soit, qui soient susceptibles de porter atteinte à l'intégrité ou au fonctionnement d'un ouvrage public ; interdiction d'ailleurs valable aussi bien pour le juge administratif⁶⁷⁸ que pour le juge judiciaire⁶⁷⁹.

⁶⁷⁴ Req. n° 245239, *R.F.D.A* 2003 p. 477.

⁶⁷⁵ Sur l'évolution du revirement jurisprudentielle en matière d'intangibilité de l'ouvrage public mal planté, notamment, depuis les années 1990, voir l'arrêt CE, Sect., 19 avril 1991, *Epoux Denard et Martin* (*Rec.*, p. 148, concl. H. Toutée) : dans lequel le Conseil d'État a accepté de statuer au fond sur une demande d'annulation d'un refus de détruire un ouvrage public. Cet arrêt a ensuite été suivi par l'arrêt Boudon de Mony de la Cour de cassation statuant en assemblée plénière (6 janvier 1994, *Bull. Ass. plén.*, n° 1, *JCP* 1994. II. 22207, concl. M. Jéol, *D.* 1994. p. 327, chron. P. Carrias) à propos de l'édification par EDF d'un barrage sur des terrains privés, et dans lequel il a été jugé « que le transfert de propriété, non demandé par le propriétaire, ne peut intervenir qu'à la suite d'une procédure régulière d'expropriation »)

⁶⁷⁶ L'intangibilité est la « *Qualité de ce qui est intangible* », c'est-à-dire « *Auquel il est interdit de porter atteinte. Ex. le corps de la personne humaine est intangible* », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 7^{ème} édition, p. 491

⁶⁷⁷ Présentent le caractère d'ouvrage public, selon l'avis du Conseil d'État, Ass., avis cont., 29 avril 2010, *M. et Mme Béligaud* « *les biens immeubles résultant d'un aménagement, qui sont directement affectés à un service public, y compris s'ils appartiennent à une personne privée chargée de l'exécution de ce service public* ».

Cette définition est proche de celle donnée par le Doyen Hauriou qui parle de « *Tout immeuble construit ou aménagé pour le compte d'une administration publique et en vue d'un usage public ou d'un service public a le caractère d'ouvrage public* », *Précis de droit administratif et de droit public*, précité, p. 903.

Guy Braibant, pour sa part, voit dans l'ouvrage public un « *bien un immeuble appartenant à une personne publique et affecté à un service public ou du moins à un but d'intérêt général* ». G. Braibant concl., sous CE, Sect., 13 juillet 1965, *Arbez-Gindre*, *Rec.* p. 442.

Voir également dans ce sens : H. Toutée, concl., sous CE, Sect., 19 avril 1991, *Epoux Denard, Epoux Martin*, *R.F.D.A.*, 1992 p. 59.

⁶⁷⁸ CE, 2 décembre 1932, *Administration des chemins de fer de l'État*, *Rec.*, p. 1022 ; CE, 20 mai 1981, *Bournet*, *C.J.E.G.*, 1982, p. 232 ; CE, 5 juin 1987, *Moncharmont*, *D.A* 1987, n° 405.

⁶⁷⁹ T.C 10 février 1949, *Roubaud*, *Rec.*, p. 591 ; T.C 6 février 1956, *Consorts Sauvy*, *Rec.*, p. 586 ; T.C 22 février 1960, *Borel*, *Rec.*, p. 857, *A.J.D.A* 1960, II, p. 150, *Rev. Adm.* 1960, p. 133, note G. Liet-Veaux ; Cass. Civ., 19 mars 1958, *J.C.P G*, 1958, IV p. 66 ; Civ. 1^{re} 17 février 1965, *D.* 1965, p. 350, *R.D.P* 1965, p. 984, note Waline ; Cass. Civ 24 novembre 1970, *J.C.P* 1971, IV, p. 15 ; Cass. Civ 14 novembre 1984, *J.C.P* 1985, IV, p. 30 ; Civ. 3^e 9 mars 1982, *J.C.P.*, 1982, IV, p. 185 ; Civ 19 juin 1990, *D.A* 1990, n° 486 ; Civ 17 février 1993, *D.* 1993, IR, p. 66 ; Civ. 1^{re} 16 juillet 1997, *Trouche c/ EDF*, *C.J.E.G* 1997, p. 466, note O. Renard-Payen, *J.C.P* 1997, IV, p. 311.

On a coutume d'invoquer trois fondements susceptibles, selon la doctrine, de justifier ce privilège exorbitant dont bénéficie l'ouvrage public. Le premier, développé par Laferrière⁶⁸⁰, a trait à la finalité d'intérêt général qui s'opposerait à ce qu'il soit porté atteinte à l'intégrité et au fonctionnement d'un ouvrage public. En effet, ainsi qu'a pu l'écrire Marcel Waline⁶⁸¹, « même "mal planté" (comme disait Hauriou) soit que, même illégalement édifié, cet ouvrage n'en sert pas moins l'utilité générale, de sorte que sa destruction causerait immédiatement un trouble grave à l'intérêt public ». Le second, plus pragmatique, développé par Aucoc dans ses Conférences sur l'administration et le droit administratif⁶⁸², est tiré de l'opportunité de prononcer la démolition de l'ouvrage public, quand on sait en effet que l'administration va le rétablir presque, aussitôt, à la suite d'une expropriation régulière ou d'une régularisation de cette dernière déjà entamée. Une expropriation indirecte permet donc de faire l'économie d'une procédure complète d'expropriation, sacrifice inutile pour l'Administration⁶⁸³, et surtout d'éviter au juge d'ordonner inutilement la destruction de l'ouvrage⁶⁸⁴. Le troisième est tiré du principe de « la séparation des autorités administratives et judiciaires »⁶⁸⁵, interdisant au juge judiciaire, « gardien de la propriété privée et supposé donc moins soucieux de l'intérêt général et surtout moins convaincu qu'il ne peut adresser d'injonction à l'administration »⁶⁸⁶, de s'immiscer dans l'action administrative. Le juge judiciaire devrait donc s'effacer devant le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires impliquant compétence de droit commun du juge administratif. En effet, accueillir une requête en ce sens serait aller à l'encontre de ce principe et par conséquent provoquer une ingérence dans le fonctionnement du service public et dans l'exercice de l'action administrative en général. S'agissant du juge administratif, la question de l'intangibilité de l'ouvrage public n'a jamais soulevé de difficultés particulières. Ce dernier a toujours refusé d'ordonner la destruction d'un ouvrage public et, cela compte tenu des

⁶⁸⁰ *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, précité, T. 2, 2^{ème} édition 1896, précité, p. 647.*

⁶⁸¹ Note sous Cass. Civ., 17 février 1965, *Commune de Manasque, R.D.P 1965, p. 984, spéc. p. 990.*

⁶⁸² *Conférences sur l'administration et le droit administratif, T. 2, 2^{ème} édition, précité, p. 557-558.*

⁶⁸³ H. Toutée, conclusions sous CE, 19 avril 1991, *Epoux Denard et Epoux Martin, R.F.D.A, 1992 p. 59*

⁶⁸⁴ Ch. Maugué, *La "intangibilité" de l'ouvrage public*, conclusions sur CE, Sect., 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans, R.F.D.A 2003 p. 477*

⁶⁸⁵ Ch. Blaevot, *De l'intangibilité des ouvrages publics, D. Chr. 1965, p. 242.*

⁶⁸⁶ H. Toutée, *La remise en cause de l'adage : "Ouvrage public mal planté ne se détruit pas"*, conclusions sur CE, Sect. 19 avril 1991, *Epoux Denard, Epoux Martin, R.F.D.A, 1992 p. 59.*

limites traditionnelles qu'il a toujours fixées à son pouvoir de contrôle⁶⁸⁷, limites d'ailleurs non spécifiques au contentieux de l'ouvrage public⁶⁸⁸.

Sans prendre position sur la valeur de chacun de ces fondements devant justifier la prérogative dont bénéficie l'ouvrage public « mal planté », et même si, aujourd'hui, celui procédant de l'étendue des pouvoirs du juge a quelque peu perdu de sa vigueur depuis la loi du 8 février 1995 sur la réforme de la procédure, nous pouvons cependant affirmer que ce privilège dont bénéficie l'ouvrage public existe toujours et continue même à s'affirmer !

À ce propos, le propriétaire dépossédé de son bien immobilier par l'implantation irrégulière d'un ouvrage public ne pouvait prétendre qu'à une indemnité de dépossession versée par l'administration⁶⁸⁹. Par conséquent, toute demande de sa part, visant notamment à obtenir le déplacement ou la destruction de l'ouvrage public, ne pouvait qu'être rejetée comme irrecevable⁶⁹⁰.

Devenu aujourd'hui sensible à « l'anomalie et à l'anachronisme d'une situation »⁶⁹¹ qui durait depuis plus d'un siècle et demi⁶⁹² et qui faisait prévaloir les prérogatives des autorités administratives sur le droit de propriété, le Conseil d'État semble avoir trouvé, par sa jurisprudence *Commune de Clans*⁶⁹³, un juste équilibre entre les droits des justiciables et les prérogatives des autorités administratives. Juste équilibre, car, contrairement à certains

⁶⁸⁷ CE, 4 janvier 1895, *Dames Dubourg*, *Rec.*, p. 5 ; CE, 29 octobre 1954, *Prudot*, *Rec.*, p. 567 ; CE, 3 novembre 1963, *Veuve Briand*, *Rec.*, p. 266 ; CE, 16 octobre 1970, *Pierre*, *Rec.*, p. 1161.

⁶⁸⁸ CE, Sect., 27 janvier 1933, *Le Loir*, *Rec.*, p. 136 ; CE, 4 février 1976, *Elissonde*, *Rec.*, p. 1069 ; CE, 3 avril 1987, *Consort Heugel*, *Rec.*, p. 119.

⁶⁸⁹ Cass. 1^{ère} civ., 17 février 1965, *Commune de Manosque*, *Bull. civ.*, I. n° 137, *R.D.P.* 1965, p. 984, note M. Waline.

⁶⁹⁰ Seule l'administration avait, en effet, le pouvoir de décider de la destruction ou non de l'ouvrage public mal planté. Elle ne pouvait donc pas s'en décharger sur le juge (CE, 29 juin 1956, *Société Tourisme et Urbanisme*, *Rec.*, T. p. 702. Le juge offrait le choix pour l'administration entre payer une indemnité en réparation du préjudice causé par un ouvrage public et « Si mieux n'aime le détruire ou de déplacer » : CE, 10 mars 1905, *Berry et Chevillard*, *Rec.*, p. 255 ; CE 21 janv. 1976, *Commune de Margon*, *Rec.*, T. p. 1166. Jurisprudence citées par H. Toutée, in concl., sous CE Sect. 19 avril 1991, *Epoux Denard, Epoux Martin*, précité, *R.F.D.A.*, 1992 p. 59.

Voir aussi R. Chapus, *Droit administratif général*, T. 2, *Montchrestien*, 15^{ème} édition, p. 567.

⁶⁹¹ Voir dans ce sens : J. Morand-Deville, *Droit administratif des biens*, *L.G.D.J.*, 8^{ème} édition, 2014, p.504.

⁶⁹² L'origine jurisprudentielle du principe de l'intangibilité de l'ouvrage public remonte, selon la doctrine, à l'arrêt du Conseil d'État, sur conflit, en date du 7 juillet 1853, *Robin de la Grimaudière*, *Rec.*, p. 693 ou encore à la décision du Tribunal de conflits en date du 12 mai 1877, *Veuve Dodun c/l'État*, *Rec.*, p. 457.

⁶⁹³ CE, 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans*, précité.

commentaires doctrinaux⁶⁹⁴, le Conseil d'État n'a pas, dans les décisions *Commune de Clans* et *Epoux Denard et Martin*⁶⁹⁵, abandonné sa jurisprudence antérieure, mais a seulement clarifié les conditions et les limites d'une notion qu'il avait lui-même créée.

Le principe d'intangibilité de l'ouvrage public mal planté est certes « ébranlé », mais il est « loin d'être enterré », pour reprendre les termes de Madame Nelly Ach⁶⁹⁶.

Désormais, lorsqu'il est saisi d'une demande d'exécution d'une décision juridictionnelle dont il résulte qu'un ouvrage public a été irrégulièrement implanté, le juge administratif peut ordonner la destruction ou le déplacement de ce dernier, mais cela est soumis à une double condition. En premier lieu, le juge doit chercher si « *eu égard notamment aux motifs de la décision, une régularisation appropriée n'est pas possible* »⁶⁹⁷. De manière générale, il s'agit des vices de légalité externe susceptibles d'entacher la décision d'implantation d'un ouvrage public et qui sont souvent régularisables⁶⁹⁸. Cela dit, il suffit qu'une régularisation *a posteriori* soit possible pour que le principe d'intangibilité retrouve toute sa force et que le juge refuse de prescrire la démolition de l'ouvrage⁶⁹⁹. Si cette question est résolue négativement, c'est-à-dire s'il n'y a pas de possibilité de régularisation *a posteriori*, le juge n'ordonnera pas nécessairement la destruction de l'ouvrage illégalement édifié. Il doit, en effet, « *prendre en considération, d'une part, les inconvénients que la présence de l'ouvrage entraîne pour les divers intérêts publics ou privés en présence et notamment, le cas échéant, pour le propriétaire du terrain d'assiette de l'ouvrage, d'autre*

⁶⁹⁴ Certains auteurs ont, en effet, parlé de l'inflexion, de l'infléchissement, de la remise en cause, ou encore de la fin de l'intangibilité, de la « tangibilité » de l'ouvrage public. Voir par exemple : J. Morand-Deville, *Droit administratif des biens*, L.G.D.J 8^{ème} édition, 2014, précité, p. 504 ; S. Boussard, C. Le Berre, *Droit administratif des biens*, L.G.D.J 2014, p. 297 ; H. Toutée, *La remise en cause de l'adage : " Ouvrage public mal planté ne se détruit pas"*, Conclusions sur CE, Sect., 19 avril 1991, *Epoux Denard, Epoux Martin, note Maublanc, R.F.D.A* 1992 p. 59, précité ; Ch. Lavalie, *R.F.D.A* 2003 p.484, note sous CE, Sect., 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans*, précité.

⁶⁹⁵ CE, Sect., 19 avril 1991, *Rec.*, p. 148, concl. H. Toutée, précité.

⁶⁹⁶ N. Ach, *L'intangibilité de l'ouvrage public, un principe ébranlé mais loin d'être enterré*, *R.D.P* 2003, p. 1633.

⁶⁹⁷ CE, Sect., 29 janvier 2003, Req. n° 245239, *Syndicat départemental de l'électricité et de gaz des Alpes-Maritimes et cne de Clans*, précité.

⁶⁹⁸ CE, 3 mai 1972, *Société des Etablissements Charles Testut, Rec.*, p. 337, *A.J.D.A* 1973, p.143, obs. A. Homon.

⁶⁹⁹ Telle est par exemple une irrégularité tenant au dossier de demande du permis de construire (CAA Lyon, 6 juin 2006, *SCI Plein sud, A.J.D.A* 2006, p. 2139), ou encore une irrégularité tenant à l'incompétence de l'auteur de la déclaration d'utilité publique fondement de laquelle l'ouvrage a été édifié (CAA Lyon, 13 novembre 2007, n°07LY00903). Jurisprudence citée par J. Petit, G. Eveillard, *L'ouvrage public, Litec*, 2009.

*part, les conséquences de la démolition pour l'intérêt général, et d'apprécier, en rapprochant ces éléments, si la démolition n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général »*⁷⁰⁰.

Concrètement, le juge va effectuer le bilan des avantages et des inconvénients de la présence de l'ouvrage illégalement édifié, en prenant en compte les divers intérêts publics et privés et en recherchant si sa démolition n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général⁷⁰¹. C'est ainsi que, en raison d'un bilan négatif, le Conseil d'État a refusé d'ordonner la démolition d'une cale d'accès à la mer présentant un intérêt financier certain pour la sécurité des exploitants, des plaisanciers et des estivants⁷⁰². La Haute juridiction administrative a, au contraire, ordonné la destruction d'une ligne électrique aérienne, après avoir établi que sa démolition n'entraînerait pas une atteinte excessive à l'intérêt général⁷⁰³. Elle a également ordonné la destruction d'un aménagement touristique et portuaire (port de plaisance regroupant des aires de jeux, un bassin, des pavillons et des aires de stationnement sur la rive du lac du Bourget)⁷⁰⁴, celle d'ouvrages de distribution d'électricité⁷⁰⁵ ou encore celle d'une canalisation d'alimentation en eau⁷⁰⁶. Le juge administratif a fait application de la solution retenue par l'arrêt du 29 janvier 2003 à l'ouvrage non encore achevé⁷⁰⁷, à savoir que, *« lorsqu'il résulte d'une décision de justice que des travaux en vue de l'édification d'un ouvrage public ont été engagés en vertu d'une autorisation de construire jugée illégale et que les constructions déjà réalisées n'ont pas encore été affectées au service public ou à l'usage du public, notamment en raison de leur inachèvement, il appartient au juge administratif,*

⁷⁰⁰ CE, Sect., 29 janvier 2003, Req. n° 245239, *Syndicat départemental de l'électricité et de gaz des Alpes-Maritimes et cne de Clans*, précité.

⁷⁰¹ Voir dans ce sens : J. Morand-Deville, *Droit administratif des biens*, précité, p. 506.

⁷⁰² CE, 13 février 2009, *Communauté de communes du canton de Saint-Malo de la lande*, Rec., T. p. 906, A.J.D.A., 2009, p. 290 : *« qu'il résulte toutefois de l'instruction que l'activité conchylicole du secteur concerné occupe une place importante dans l'économie locale et qu'elle représente une part notable de la production conchylicole nationale ; qu'aucune autre cale d'accès à la mer n'étant située à moins de deux kilomètres à vol d'oiseau de l'ouvrage litigieux, celui-ci est de nature à faciliter l'exploitation des nombreux parcs qui sont situés à proximité ; qu'en permettant d'éviter les mouvements fréquents de tracteurs et autres engins sur l'estran et sur des cales utilisées pour la navigation de plaisance, il présente un intérêt certain pour la sécurité des exploitants, des plaisanciers et des estivants ; qu'enfin, eu égard notamment à sa configuration, la cale d'accès à la mer litigieuse, qui est une simple rampe, n'a qu'un impact limité sur le paysage, la faune et la flore du site ; que, par suite, et compte tenu de l'ensemble de ces éléments, la démolition de la cale des Moulières porterait une atteinte excessive à l'intérêt général ; ».*

⁷⁰³ CE, 9 juin 2004, *Commune de Peille*, RJE 2004, p. 494, concl. F. Donat.

⁷⁰⁴ CE, 20 mai 2011, *Communauté d'agglomération du lac du Bourget*, A.J.D.A. 2011, p. 1891, note Eveillard, Dr. Adm. 2011, n° 80, note Roux, J.C.P.A. 2011. 2297, note Dunyach et Izembard. Voir dans ce sens : *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, Dalloz, 2013 n°86.

⁷⁰⁵ CE, 9 décembre 2011, *Mme Lahiton*, A.J.D.A. 2011, p. 2446, obs. Grand, RJE 2012, comm. n° 21, concl. Boulois, Dr. Adm. 2012, n°41, obs. Deliancourt.

⁷⁰⁶ CAA Nantes 29 septembre 2009, *Commune de Sonzay*, A.J.D.A. 2010, p.222.

Voir dans ce sens Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, L.G.D.J 2014, p. 613.

⁷⁰⁷ CE, Sect., 14 octobre 2011, *Commune de Valmeinier et Syndicat mixte des Islettes*, RJE 2012, comm. 20, concl. Legras, A.J.D.A. 2011, p. 2226, chron. Stahl et Domino, J.C.P.A. 2011. 2365 note Manson.

qu'il soit saisi de conclusions tendant à ce qu'il prescrive les mesures d'exécution qu'implique nécessairement sa décision ou d'une demande d'exécution d'une décision précédemment rendue, d'ordonner dans tous les cas l'interruption des travaux ; qu'il lui incombe également, pour déterminer, en fonction de la situation de droit et de fait existant à la date à laquelle il statue, si l'exécution de cette décision implique qu'il ordonne la démolition totale ou partielle de ces constructions, de rechercher, d'abord, si, eu égard notamment aux motifs de la décision d'annulation, une régularisation du projet d'ouvrage tel qu'envisagé initialement est possible par la délivrance d'une nouvelle autorisation ; que, dans la négative, il lui revient ensuite de prendre en considération, d'une part, les inconvénients que le maintien, fût-ce à titre temporaire, de l'ouvrage qui a commencé d'être illégalement construit entraînerait pour les divers intérêts publics ou privés en présence, d'autre part, les conséquences de sa démolition pour l'intérêt général, compte tenu notamment du coût des investissements déjà réalisés et, si elle est invoquée par les parties au litige, de la possibilité de réutiliser, dans un délai raisonnable, les constructions déjà édifiées dans le cadre d'un projet modifié ou d'un nouveau projet, et de déterminer enfin, en rapprochant ces éléments, si la démolition totale ou partielle de l'ouvrage en cause n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général ».

B. L'usage du bilan dans l'après-jugement d'un contentieux relatif à un bien illégalement préempté

Dans la lignée de la jurisprudence *Commune de Clans*, l'utilisation de la technique du bilan a permis au Conseil d'État de tempérer (neutraliser), au nom « *de réserves d'intérêt général* », les conséquences de l'annulation d'une décision de préemption⁷⁰⁸. En dépit de la règle selon laquelle « *l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir de l'acte par lequel le titulaire du droit de préemption décide d'exercer ce droit emporte pour conséquence que ce titulaire doit être regardé comme n'ayant jamais décidé de préempter* », le juge ne peut cependant être tenu d'enjoindre à l'administration de céder le bien qu'elle a illégalement préempté (soit à l'acquéreur évincé, soit au vendeur) que si la « *rétrocession* » – c'est-à-dire le retour du bien dans le patrimoine du vendeur ou de celui de l'acquéreur évincé – n'est pas de nature à porter « *une atteinte excessive à l'intérêt général appréciée au regard de l'ensemble des intérêts en présence* »⁷⁰⁹.

C'est ainsi, par exemple, que le Conseil d'État a rejeté, car contraires à l'intérêt général, les conclusions de requérants tendant à ce qu'il soit enjoint au bénéficiaire du droit de préemption de leur proposer d'acquérir l'immeuble illégalement préempté, au motif que cet immeuble avait, après son acquisition, subi des aménagements substantiels et été affecté à la réalisation d'une voie publique⁷¹⁰. Dans le même sens, la Cour administrative d'appel de Nantes, dans un arrêt en date du 15 novembre 2013⁷¹¹, offre une illustration parfaite de l'application du bilan « *coûts-avantages* » auquel se livre le juge pour déterminer les conséquences de l'annulation d'une décision de préemption. Après avoir rappelé les deux considérants de principe de l'arrêt *Bour* du Conseil d'État du 26 février 2003, la Cour administrative d'appel de Nantes s'est livrée à une analyse concrète du bilan coûts-avantages de la rétrocession des parcelles litigieuses., en mettant ainsi en balance, d'une part, le fait que le requérant était déjà propriétaire de parcelles bâties dans ce secteur et qu'il disposait également d'un projet immobilier sur ces parcelles, et, d'autre part, l'affectation au logement social prévu sur les terrains illégalement préemptés par la commune, ainsi que le fait que des travaux d'aménagements importants (voirie, réseaux publics d'eau potable, d'assainissement,

⁷⁰⁸ CE, 26 février 2003, n°231558, *M. et Mme Bour*, Rec., p. 59, A.J.D.A., 2003, p. 729, chron. F. Donnat et D. Casas, BJDU 2003, p. 106, conclusions P. Fombeur et p. 168, note E. Fatôme, précité.

⁷⁰⁹ CE, 26 février 2003, n°231558, *M. et Mme Bour*, précité.

⁷¹⁰ CE, 31 janvier 2007, *SARL MAIA*, n° 277715, *Constr.urb.* 2007, comm. 106, note G. Godfrin.

⁷¹¹ Req. n° 12NT00198, *Sté Cilaos c/ Cne Hébergement* : *JurisData* n° 2013-028572, *Constr.-urb.* 2014, comm. 2, note X. Couton.

de gaz et d'électricité) en vue de la réalisation du lotissement communal étaient déjà achevés, que ces parcelles occupaient la majeure partie de l'emprise avec d'autres parcelles déjà acquises par la commune, et que ce lotissement se situait dans la continuité immédiate du lotissement communal existant avec lequel il forme un ensemble cohérent⁷¹². Au vu de ces éléments, la Cour a jugé que, dans ces conditions, « (...) *la remise en cause de la destination donnée à ces biens apporterait à l'intérêt général une atteinte excessive qui ne serait pas justifiée par l'intérêt qui s'attache à la disparition des effets des décisions de préemption annulées ;* ».

⁷¹² X. Couton, *Rétrocession des terrains après annulation de la décision de préemption : un exemple concret d'application de la théorie du bilan « coûts-avantages »*, note CAA Nantes, 15 novembre 2013 n° 12NT00198, *Sté Cilaos c/ Cne Hébergement, Construction - Urbanisme* n° 1, janvier 2014, comm. 2.

C. L'usage du bilan dans l'après-jugement d'un litige concernant les actes détachables d'un contrat

Un raisonnement identique, combinant la garantie de la légalité et celle des intérêts en présence, a été appliqué, enfin, aux conséquences de l'annulation des actes détachables d'un contrat sur le contrat lui-même, et notamment lorsque le juge est saisi d'une demande à fin d'exécution de cette annulation⁷¹³. Le Conseil d'État a considéré, dans sa décision *Institut de recherche pour le développement* de 2003⁷¹⁴, que « l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité dudit contrat », mais « qu'il appartient au juge de l'exécution, saisi d'une demande d'un tiers d'enjoindre à une partie au contrat de saisir le juge compétent afin d'en constater la nullité, **de prendre en compte la nature de l'acte annulé ainsi que le vice dont il est entaché et de vérifier que la nullité du contrat ne portera pas, si elle est constatée, une atteinte excessive à l'intérêt général** ». Dans sa décision *Société Ophrys, Communauté d'agglomération Clermont-Communauté* en date du 21 février 2011, la Haute juridiction a apporté un éclairage intéressant concernant la mise en œuvre des mesures permettant d'exécuter l'annulation d'un acte détachable d'un contrat.

Lorsqu'il est saisi d'une demande d'exécution d'une décision d'annulation d'un acte détachable, le juge de l'exécution peut, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties⁷¹⁵, soit, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, enjoindre à la personne publique de résilier le contrat, le cas échéant avec un effet différé, soit, en cas d'illégalité d'une particulière gravité, d'inviter les

⁷¹³ En effet, les tiers, qui avaient obtenu par la voie d'un recours pour excès de pouvoir l'annulation d'un acte détachable d'un contrat, notamment de droit privé, conclu par une personne publique, peuvent demander au juge de l'exécution de contraindre la personne publique à saisir le juge du contrat pour qu'il tire les conséquences de l'illégalité de l'acte détachable. Voir dans ce sens : CE 7 octobre 1994, *Épx Lopez*, Rec., p. 430, A.J.D.A 1994, p. 914, chron. L. Touvet et J.-H. Stahl, R.D imm. 1995, p. 93, obs. J.-B. Auby et C. Maugué, J.C.P G 1994, IV, 2599, note M.-Ch. Rouault : saisi en application de la loi du 16 juillet 1980 afin qu'il contraigne, sous astreinte, la collectivité publique de tirer les conséquences de l'annulation d'une délibération autorisant une cession, le Conseil d'État ordonne, sous astreinte, la saisine du juge contrat aux fins de prononcer la nullité du contrat.

⁷¹⁴ CE, 10 décembre 2003, req. n° 248950, Rec., p. 501, *Contrats Marchés publ.* 2004. Comm. 31, note Piétri, Dr. adm. 2004. Comm. 59, note Ménéménis, A.J.D.A 2004, p.394, note Dreyfus, J.C.P A 2004, p.79, note Noguellou ; R.F.D.A 2004 p.185, note Terneyre.

Voir dans ce sens l'avis rendu par la Section du rapport et des études en date du 25 janvier 1989, E.D.CE 1990, n°41, p.127, C/JEG, 1991, p.122, chron. B. Pacteau ou encore l'avis de la Section du rapport et des études en date du 3 décembre 1997, A.J.D.A 1998 p.169, note Richer.

⁷¹⁵ Une telle solution est adoptée lorsque l'acte détachable a été annulé à raison d'un vice de forme ou de procédure. Voir par exemple : CE 8 juin 2011, *Commune de Divonnes-les-Bains*, A.J.D.A 2011, p. 1684, note Dreyfus, D.A 2011, n° 8, p. 35, note Brenet, R.J.E.P 2011, p. 381, concl. Dacosta.

parties à résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat, afin qu'il en règle les modalités, s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée⁷¹⁶.

Concrètement, le juge de l'exécution n'ordonnera à l'administration de résilier le contrat litigieux ou n'invitera les parties à le résoudre (ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat, afin qu'il en règle les modalités, s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée) que pour les illégalités les plus graves, et, surtout, après avoir vérifié, par un procédé de bilan "avantages et inconvénients", que cette résolution ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général.

Un exemple récent (CE, 5 juillet 2017, *Commune de La Teste-de-Buch*, req., n°401940) illustre parfaitement cette possibilité pour le juge administratif de neutraliser, pour des raisons d'intérêt général (en l'espèce l'intérêt financier de la collectivité), les effets de l'annulation d'un acte détachable du contrat. Saisi dans cette affaire d'un pourvoi en cassation contre le jugement du tribunal administratif de Bordeaux du 18 mars 2015, confirmée en appel, ayant, d'une part, annulé la délibération du conseil municipal de la commune de La Teste-de-Buch du 13 septembre 2011 approuvant l'attribution d'un contrat de partenariat pour le financement, la conception, la réalisation, l'entretien et la maintenance d'un nouvel hôtel de ville à la société Auxifip, ainsi que la décision rejetant le recours gracieux de M. A...Pradayrol formé le 9 novembre 2011 et, d'autre part, à la commune de prendre toute mesure utile pour mettre fin au contrat de partenariat, et, à défaut d'accord amiable, de saisir le juge du contrat afin qu'il constate la nullité de la convention, le Conseil d'Etat, après avoir rappelé le considérant de principe de l'arrêt *Institut de recherche pour le développement* de 2003⁷¹⁷, a jugé que la résiliation du contrat porterait, en l'espèce, une atteinte excessive à l'intérêt général ; que, par suite, la commune de La Teste-de-Buch est fondée à soutenir que

⁷¹⁶ CE, 21 février 2011, *Société Ophrys, Communauté d'agglomération Clermont-Communauté*, Rec., p. 54 ; CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, Rec., p. 70 ; CE, 29 décembre 2014, *Commune d'Uchaux*, Rec., p. 416, concl. Daumas, *J.C.P Adm.* 2015, n°2115, note Langelier.

⁷¹⁷ « Considérant...que l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement l'annulation de ce contrat ; qu'il appartient au juge de l'exécution, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, d'enjoindre à la personne publique de résilier le contrat, le cas échéant avec un effet différé, soit, eu égard à une illégalité d'une particulière gravité, d'inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée ».

c'est à tort que, par le jugement attaqué du 18 mars 2015, le tribunal administratif de Bordeaux a fait droit aux conclusions aux fins d'injonction de M. Pradayrol en enjoignant à celle-ci de résilier le contrat de partenariat conclu avec la société Auxifip⁷¹⁸.

Cela dit, qu'il s'agisse du contentieux de l'ouvrage public, de celui de la préemption ou encore de celui des actes détachables du contrat, deux points ressortent de l'analyse de la jurisprudence du Conseil d'État.

On constate, tout d'abord, que « *l'intérêt général* »⁷¹⁹ s'impose aujourd'hui comme une unité de mesure, une « *source de la légalité subsidiaire* »⁷²⁰ dans le contentieux administratif, norme de référence avec laquelle doit désormais composer le juge quand il sanctionne une illégalité dans l'action administrative, et plus particulièrement lorsqu'il est saisi d'une demande d'exécution d'une d'injonction. Autrefois utilisée comme un élément de la légalité⁷²¹, en ce sens qu'une décision administrative ne poursuivant pas cet objectif⁷²² était sanctionnée pour détournement de pouvoir⁷²³, la notion d'intérêt général joue dorénavant le rôle d'« *amortisseur de la chose jugée au profit de l'administration* »⁷²⁴ et « *permet de légitimer les appréciations du juge, sur le ton apaisant de la raison* »⁷²⁵, sur la nécessité de maintenir l'action administrative malgré ses irrégularités. À ce propos, il convient d'observer avec le Professeur Truchet, qu'« *aujourd'hui comme hier, l'intérêt général exprime l'idée que la collectivité a des exigences qui dépassent les intérêts des groupes ou des individus qui la composent et se traduisent par des mesures qui peuvent froisser ces intérêts* »⁷²⁶ et que le strict respect de la légalité interdirait. C'est ainsi que l'invocation de la réserve d'intérêt général a permis au juge d'épargner à l'administration la démolition de son ouvrage public

⁷¹⁸ Voir dans ce sens, CE, 21 février 2011, *Société Ophrys*, req., n°s 337349 et 337394. Dans cette affaire, le Conseil d'État a relevé l'absence d'atteinte de circonstances de nature à démontrer une atteinte excessive à l'intérêt général.

⁷¹⁹ Voir sur la notion d'intérêt général : D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, L.G.D.J 1977 ; D. Linotte, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, thèse Bordeaux, 1975

⁷²⁰ B. Mathieu, *Les "validations" législatives*, *Economica*, 1987 p. 199.

⁷²¹ Voir dans ce sens : G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, T. 1, PUF, 1992, précité, p. 516.

⁷²² C'est-à-dire n'ayant pas « *le plus grand service des tiers comme objectif direct ou indirect* », R. Chapus, *Service public et puissance publique*, R.D.P 1968, p. 249.

⁷²³ Ce sont des « *actes ou décisions à fins purement privées, c'est-à-dire qui ne peuvent s'expliquer autrement que par des intérêts et mobiles extra fonctionnels* ». C. Eisenmann, *Droit administratif*, L.G.D.J, 1983, T.2, p. 633. Voir également dans ce sens, B. Mathieu, *Les "validations" législatives*, *Economica*, 1987, précité, p. 199.

⁷²⁴ J. -B. Auby, *À propos des réserves d'intérêt général*, *Dr. adm.* n° 6, juin 2003, 6.

⁷²⁵ D. Truchet, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre*. In, *Conseil d'État, Rapport public 1999. Jurisprudence et avis de 1998. L'intérêt général*, *La Documentation française*, 1999, p. 370, précité.

⁷²⁶ *Idem*.

qu'elle avait mal planté, de la dispenser de céder un bien qu'elle avait illégalement préempté ou encore de lui éviter la nullité d'un contrat dont les actes détachables sont jugés irréguliers. Cette réserve d'intérêt général fait en quelque sorte bénéficier l'administration de circonstances atténuantes, l'irrégularité qui a vicié son action étant absoute pour le bien de tous⁷²⁷.

On voit, ensuite, que la théorie du bilan, à la différence de son usage classique en matière d'expropriation, ne sert pas ici à apprécier la légalité de l'action administrative (puisque l'illégalité de celle-ci a préalablement été établie), mais à déterminer, d'une façon concrète, l'étendue de l'office du juge quant aux conséquences à tirer de la chose jugée (d'un jugement d'annulation)⁷²⁸. Autrement dit, la théorie du bilan, qui a été initialement imaginée pour encadrer, au profit du requérant, le pouvoir discrétionnaire de l'administration, trouve aujourd'hui son efficacité en neutralisant, cette fois-ci au profit de l'administration⁷²⁹, l'usage quelque peu disproportionné de la chose jugée (annulation rétroactive). Ce qui permet au juge administratif de tempérer un principe trop rigide par lui inventé, et qui reste une constante du jugement de la légalité, à savoir qu'« *un acte administratif annulé pour excès de pouvoir est censé n'avoir jamais existé* ».

Ainsi, au terme d'un bilan, dans lequel seront confrontés les avantages et les inconvénients des différents intérêts en présence, « *l'actif et le passif d'une opération* »⁷³⁰, le juge peut, en effet, en cas d'une atteinte excessive à l'intérêt général, déroger aux conséquences mécaniques qu'exige le strict respect de la légalité (de la chose jugée) : il n'ordonnera l'exécution d'une décision d'annulation que si les inconvénients qui résulteraient de son inexécution sont supérieurs à ceux que provoquerait son exécution. À cet égard, il convient de souligner que le jugement de l'excès de pouvoir va reposer, non seulement sur la seule confrontation de l'acte administratif à une disposition législative préexistante, mais

⁷²⁷ L'intérêt général devient « *un facteur de dérogation aux limites habituelles du contentieux administratif face à des problèmes nouveaux* », D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, L.G.D.J 1977, précité, p. 357

⁷²⁸ Voir dans ce sens : A. Van Lang, *De l'usage du bilan dans l'après jugement*, in *Le droit administratif. Permanence et convergence. Mélanges en l'honneur de Jean François Lachaume*, Dalloz, 2007, précité, p. 1055.

⁷²⁹ « *le nouveau bilan se montre soit favorable à l'administration, soit didactique ou pédagogique, mais en cas sanctionnateur (...) En toute hypothèse, on le voit, l'Administration n'a rien à perdre à l'instauration de ce bilan « après-dire droit* », qui traduit une rare indulgence à l'égard des vices véniels, notamment de forme et de procédure », A. Van Lang, *De l'usage du bilan dans l'après jugement*, précité, p. 1074.

⁷³⁰ Idem, p. 1058.

également sur l'établissement d'un bilan « *coûts-avantages* » au stade de l'exécution d'une décision d'annulation.

Une telle démarche confère « à l'injonction un caractère équilibré »⁷³¹ permettant au juge administratif de définir d'une façon concrète et selon les besoins du moment, c'est-à-dire selon la situation de fait et de droit existant au moment où il statue, les conséquences résultant normalement de la chose jugée. Le juge va peser au préalable « *les avantages et les inconvénients de la mesure d'exécution demandée au regard de l'ensemble des intérêts publics et privés afin de vérifier que celle-ci ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général* »⁷³², ce qui lui permettra de « *modeler à sa guise les conséquences résultant normalement de l'illégalité d'un acte administratif* »⁷³³.

Ainsi, dans le domaine contractuel, précédemment invoqué, la technique du bilan a permis au juge administratif de trouver un juste équilibre entre, d'une part, la célèbre formule du commissaire de gouvernement *Romieu* qui ne voyait dans l'annulation des actes détachables du contrat « *qu'un caractère platonique* »⁷³⁴ et, d'autre part, l'évolution de l'état du droit tendant à « *donner un effet utile aux recours exercés contre les actes détachables des contrats administratifs* »⁷³⁵.

⁷³¹ A. Perrin, *L'injonction en droit administratif français*, Edition Panthéon-Assas, 2009, précité, p. 414.

⁷³² *Idem*.

⁷³³ Voir dans ce sens : F. Brenet, « *Au nom de l'intérêt général, le juge administratif s'accorde le pouvoir de modeler à sa guise les conséquences résultant normalement de l'illégalité d'un acte administratif* », *Les réserves d'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Jean François Lachaume*, Dalloz, 2007, précité, p. 143.

⁷³⁴ Concl., sur CE, 4 août 1905, *Martin, Rec.*, p. 754.

⁷³⁵ N. Dantonel-Cor, *L'annulation de l'acte détachable*, D.A juillet 1999, p.7.

Section 2. L'influence de l'approche pragmatique sur la nature du recours pour excès de pouvoir : atténuation de la conception strictement objective de cette voie de recours

La nécessité de mettre en œuvre un jugement pragmatique de la légalité contraint aujourd'hui le juge administratif à atténuer la conception strictement objective du recours pour excès de pouvoir. L'examen de la légalité, peut désormais englober des aspects humains et sociaux, que le juge doit prendre en considération avant de définir le contenu de sa décision.

Il est très difficile, pour nous, de soutenir les thèses qui continuent aujourd'hui encore d'affirmer l'existence d'une distinction entre le recours pour excès de pouvoir (contentieux objectif) et le recours de plein contentieux (contentieux subjectif). En effet, le requérant, dont on a longtemps réduit le rôle à un simple défenseur de la légalité, peut dorénavant prendre part au litige (des tiers aussi d'ailleurs), et faire valoir ses droits subjectifs, ses intérêts personnels, dans le jugement d'annulation (comme il le fait devant le juge de pleine juridiction). Dans ce cette hypothèse, le jugement de l'excès de pouvoir s'apparente davantage à *«une confrontation entre les droits subjectifs [du requérant] et la légalité »*⁷³⁶, qu'à un simple procès fait à un acte administratif. Le rôle du juge ne consistera plus seulement à dire le droit, à répondre à la question de conformité à la loi (droit) de la décision attaquée, mais également à départager équitablement les intérêts en présence.

À ce propos, le juge n'hésitera pas à motiver ses décisions d'annulation par des considérations humaines (les droits acquis) et sociales (l'intérêt général) (§1) et prendre en compte les droits subjectifs du requérant (aussi des tiers) dans le jugement du recours pour excès de pouvoir (§2).

⁷³⁶ J. Rivero, *L'administré face au contrôle contentieux de l'administration*, Rev. adm. 1999, p. 218.

§1. La motivation des décisions d'annulation par des considérations humaines (les droits acquis) et sociales (l'intérêt général)

La référence à des concepts tels que ceux de « *l'intérêt général* », des « *droits acquis* », ou encore de « *la sécurité juridique* »⁷³⁷, a démontré que le contrôle de légalité ne se résume plus à la seule confrontation entre l'acte critiqué et une disposition légale préexistante, mais que des considérations humaines (les droits acquis) et sociales (l'intérêt général) peuvent désormais être prises en compte par le juge pour déterminer le contenu de sa décision. Une annulation ou encore une demande d'exécution de celle-ci peuvent ainsi être écartées, et dans certains cas modulées, si elles présentent un coût social trop important au regard de l'avantage qu'elles procurent. Concrètement, le juge va décider en fonction des intérêts en présence ou encore « *en fonction des conséquences [concrètes] de sa décision* »⁷³⁸. Il va intégrer dans son raisonnement des considérations de fait ou d'opportunité.

L'idée que des considérations humaines (les droits acquis) et sociales (intérêt général) puissent désormais être prises en compte pour « *délier le juge de l'exécution de son obligation de tirer les conséquences d'une illégalité établie* »⁷³⁹ a été mise en avant par les commissaires du gouvernement ayant conclu dans l'arrêt *Commune de Clans, Bour, Institut de recherche pour le développement et AC ! et autres* du Conseil d'État en date du 11 mai 2004⁷⁴⁰. Ayant conclu dans l'affaire *Commune de Clans*, le commissaire de gouvernement Christine Mangüé a, par exemple, avancé l'idée « *que des considérations d'intérêt général puissent en tout état de cause faire obstacle à la démolition de l'ouvrage. Tel pourra être le cas si la réalisation de l'ouvrage répond à un motif d'intérêt général impérieux, lié par exemple à la préservation de l'ordre public ou à des considérations tenant à la santé publique ou encore au fonctionnement*

⁷³⁷ Étudiées précédemment dans les contentieux des actes du fonctionnaire de fait, de l'ouvrage public irrégulièrement planté, dans celui de préemption ou encore dans le contentieux des contrats (actes détachables).

⁷³⁸ J.-F. Lafaix, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'administration*, Dalloz, Collection : Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2009, p. 636.

L'auteur poursuit « *Ce pragmatisme explicite témoigne de la prégnance de l'utilitarisme dans la jurisprudence administrative. La délibération sur la réparation des charges et avantages sociaux qui a eu lieu au moment de la définition des exigences légales est remise en cause au moment de décider de la sanction d'un comportement déviant. L'utilitarisme ignore les engagements passés et réactualise constamment l'évaluation de la maximisation du bien-être social en fonction des données empiriques disponibles a posteriori* ».

⁷³⁹ A. Van Lang, *De l'usage du bilan dans l'après jugement*, précité, p. 1065.

⁷⁴⁰ Rec., p. 197, A.J.D.A 2004, p. 1183, chron. C. Landais et F. Lenica, R.F.D.A 2004, p. 438 étude Stahl et Courrèges, et p. 454, concl. C. Devys, A.J.D.A 2004, p.1049, comm. J.-C. Bonichot et 11813, note Landais et Lenica, D. A juillet 2004, note Lombard et août-septembre 2004, note O. Dubos et F. Melleray, J.C.P 2004. II. n°. 10189 et J.C.P Adm. 2004, n° 1826, note Bigot, L.P.A 17 novembre 2004, note Montfort, et 4 février 2005, note Crouzatier-Durand, D. 2005, p. 30 comm., Frier, R.D.P 2005 p. 536, comm., Guettier, *Just., et Cass.*, 2007, p. 15, comm. Arrighi de Cass J. Arrighi de Casanova, A.J.D.A 2014, p. 116, note Schoettl, G.A.JA n° 107.

*d'un service public » et « que dans de tels cas, le motif d'annulation ne sera le plus souvent pas de nature à justifier la démolition de l'ouvrage. L'existence d'un motif d'intérêt général supérieur aura pour conséquence que l'illégalité de l'implantation de l'ouvrage n'impliquera pas sa destruction. Mais il n'est pas impensable que des considérations d'intérêt général puissent intervenir alors même que le motif d'annulation justifierait la démolition de l'ouvrage »*⁷⁴¹. Ayant conclu, pour sa part, dans l'affaire *Bour*, le commissaire de gouvernement Pascale Fombeur a fait valoir, pour justifier le maintien d'une décision de préemption irrégulière, que « *le bien litigieux a pu faire l'objet de transformations importantes et être affecté à un service public[ou]encore, [qu']un ouvrage public a pu être édifié sur le terrain préempté* », qui sont autant d'éléments que le juge doit prendre en considération et qui « *devront être rapprochées de l'importance de l'atteinte apportée aux droits des requérants* »⁷⁴². S'étant inspiré de la rédaction des décisions *Commune de Clans* et *Bour*, le commissaire de gouvernement Denis Piveteau a affirmé, dans la décision *Institut de recherche pour le développement*⁷⁴³, que « *les " éventuelles atteintes excessives à l'intérêt général" font partie des circonstances que le juge de l'exécution doit prendre en considération pour décider de la mesure qu'il impose* ». Enfin, dans le même ordre d'idées et pour éviter les conséquences disproportionnées d'une annulation rétroactive, le commissaire de gouvernement Devys a fait état, dans l'affaire *AC ! et autres*, du vide juridique hautement préjudiciable notamment aux intérêts des allocataires, que créerait l'annulation à compter du 1^{er} janvier 2004 des dispositions des arrêtés du 5 février 2003 ayant agréé la convention du 1^{er} janvier 2004. Faute, en effet, de fondement juridique, le régime d'assurance-chômage se trouverait, dans l'attente d'une régularisation par un nouvel agrément, dans l'impossibilité de fonctionner, de percevoir des cotisations et de verser des allocations. En théorie, le régime d'assurance-chômage serait même en droit de demander le remboursement de toutes les prestations versées aux allocataires depuis le 1^{er} janvier 2004 ; et les cotisants, entreprises et salariés, seraient en droit de demander le remboursement des cotisations perçues.

Toutes ces considérations (notamment l'intérêt général) ont contraint le Conseil d'État à tempérer les conséquences mécaniques qu'implique le strict respect de la chose jugée.

⁷⁴¹ Ch. Maugué, conclusion CE, Sect., 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans*, précité.

⁷⁴² P. Fombeur, conclusion CE, Sect., 26 février 2003, *M. et Mme Bour*, précité.

⁷⁴³ CE, 10 décembre 2003, précité.

La Haute juridiction a dû redéfinir les lignes directrices de son contrôle, réduire cette part du raisonnement purement légaliste qui caractérisait le jugement de l'excès de pouvoir – un type de raisonnement ayant perdu du terrain lorsque des intérêts diversifiés sont en présence, et qui a laissé place à une conception plus humaine et réaliste des choses –, pour les adapter à ce double objectif : assurer le respect de la chose jugée (qui exige de tirer toutes les conséquences d'un jugement d'annulation) et garantir cette dose de stabilité des situations acquises dont a impérativement besoin la société⁷⁴⁴. En effet, « *s'il y a un intérêt d'ordre public [, par le désir de légalité qu'ils incarnent,] à ce que les excès de pouvoir puissent être toujours réprimés, il y a aussi un intérêt d'ordre public à ce que les situations faites et acceptées par les parties depuis longtemps ne puissent être éternellement dérangées sur la provocation de l'une d'elles* »⁷⁴⁵.

Cela dit, en cas d'atteinte excessive de sa décision, le juge n'hésite donc pas à écarter toute idée d'automatisme dans le jugement d'annulation et à tempérer les conséquences mécaniques qu'impliquerait le strict respect de la chose jugée. Ainsi, lorsque la réalisation de l'ouvrage répond à un motif d'intérêt général impérieux, lié, par exemple, à la préservation de l'ordre public ou à des considérations tenant à la santé publique ou encore au fonctionnement d'un service public, le juge peut rejeter une demande de démolition d'un ouvrage public mal planté⁷⁴⁶. De même, le fait qu'un bien illégalement préempté ait pu faire l'objet d'importantes transformations et être affecté à un service public, ou encore le fait qu'un ouvrage public ait pu être édifié sur un terrain illégalement préempté⁷⁴⁷, sont autant de considérations qui peuvent faire pencher la balance vers un refus d'ordonner sa rétrocession dans le patrimoine, notamment, du propriétaire initial. De même encore, et compte tenu notamment de l'intérêt que l'exécution du contrat litigieux présentait pour le service public, du degré d'exécution des prestations prévues à ce contrat, de l'urgence (lutte contre les pollutions) ou des conséquences financières de son éventuelle interruption, le Conseil d'État a estimé, dans son avis en date du 25 janvier 1989, qu'il y avait lieu de poursuivre l'exécution du contrat jusqu'à son

⁷⁴⁴ Voir dans ce sens, Jean De Soto : « *La stabilité est un des besoins primordiaux des sociétés civilisées et le respect des situations acquises constitue l'une des bases de notre système actuel* », *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs*, thèse, précité, p. 43, n° 56 ; Louis Delbez : « *Le droit ne saurait s'accommoder d'instabilité ; il tend (...) à assurer aux particuliers le maximum de garanties et de sécurité compatible avec le fonctionnement des services publics. Il est éminemment conservateur et protecteur des situations juridiques acquises* », *La révocation des actes administratifs*, R.D.P., 1928, précité pp. 467 à 468.

⁷⁴⁵ L'hôpital Concl., sous, CE, 20 mars 1862, *Ville de Châlons*, Rec., p. 235.

⁷⁴⁶ Voir dans ce sens : Concl., commissaire de gouvernement Ch. Maugué dans l'arrêt *Commune de Clans* précité.

⁷⁴⁷ Voir dans ce sens, Concl., P. Fondeur, précité.

terme⁷⁴⁸. Enfin, c'est parce que l'action d'un fonctionnaire de fait a pu faire naître des droits au profit des tiers de bonne foi et qu'il faut protéger en nom de la sécurité juridique que « *cette qualité qu'il n'avait pas réellement, le juge la lui attribue fictivement, et traite comme si elles émanaient d'un véritable fonctionnaire celles de ses décisions qui intéressent des administrés de bonne foi* »⁷⁴⁹.

Dans ces hypothèses, ce qui est mis en avant est la valeur accordée aux intérêts (aussi bien humains que sociaux) en présence dans un litige administratif et la recherche croissante, dans la sanction de l'excès de pouvoir, d'une solution qui soit raisonnable, équitable et acceptable pour tous, en un mot qui soit « **réaliste** ».

Des considérations sociales et humaines peuvent ainsi constituer une limite aux déductions (effets) formelles de la chose jugée⁷⁵⁰. Des éventuelles atteintes excessives à l'intérêt général ou à des droits acquis sont donc autant d'éléments que le juge de l'exécution peut désormais prendre en considération avant de décider de la mesure qu'il impose⁷⁵¹.

La volonté de ramener le contrôle de légalité à un quasi-automatisme, à une démarche sujette à un raisonnement logique –en ce sens qu'après un jugement d'annulation la chose jugée doit opérer d'une façon aveugle et radicale (il faut appliquer une politique de table rase) – cède donc la place à des mesures d'exécution que le juge devrait désormais décider en fonction des considérations concrètes de chaque espèce, c'est-à-dire, qu'il incombe dorénavant au Conseil d'État de juger (dire le droit) au cas par cas⁷⁵².

À cette conception purement légaliste du recours pour excès de pouvoir, qui traditionnellement faisait prévaloir le respect de l'autorité de la chose jugée sur celui des droits

⁷⁴⁸ E.D.C.E 1990, n°4, p.127, CJEG, 1991, p.122, chron. B. Pacteau.

⁷⁴⁹ J. Rivero, *Fictions et présomptions en droit public français*, in *Les présomptions et les fictions en droit, Bruxelles, Bruylant*, 1974, p. 106.

⁷⁵⁰ Le jugement d'annulation ne peut être dissocié de la vie réelle, ni d'ailleurs recevoir une expression parfaite, complète et immuable.

⁷⁵¹ Voir dans ce sens, D. Piveteau, concl., sous CE 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement, Rec.*, p. 501, précité.

⁷⁵² « *Nous pensons qu'au cas par cas, disait le commissaire de gouvernement Remi Schwartz, le juge de l'astreinte doit apprécier la portée d'une annulation d'un acte détachable* », Conclusions sur CE Sect., 7 octobre 1994, *Epoux Lopez, Rec.*, p. 436.

acquis, se substitue un jugement réaliste, qui tend désormais à privilégier l'exigence de stabilité des situations juridiques⁷⁵³.

La nécessité de sauvegarder l'intérêt général ou encore les droits acquis (sécurité juridique) sont donc autant de considérations qui offrent au juge une certaine marge de liberté dans la sanction de l'excès de pouvoir. Celui-ci se voit désormais investi de pouvoirs nouveaux⁷⁵⁴. Il n'est plus réduit à constater la violation d'une disposition légale préexistante ni à tirer les conséquences logiques (mécaniques) imposées par le strict respect de la légalité⁷⁵⁵ – « *l'acte annulé disparaît d'une façon rétroactive et (...) est censé n'avoir jamais existé* », une affirmation combien simple et incontrôlée – ; il peut tenir compte des effets indésirables de sa décision, afin de s'assurer que celle-ci (si elle est exécutée) soit acceptable humainement et socialement⁷⁵⁶.

Ce rapprochement entre la nécessité du respect de la légalité et l'impérative prise en compte des intérêts en présence dans un contentieux purement legaliste fait du recours pour excès de pouvoir un instrument souple et efficace à la fois, capable de s'adapter aux réalités du litige administratif. Cela évite ainsi d'abandonner aussi bien à l'irrationalité qu'à la pure objectivité tout ce qui, avant tout et par-dessus tout relève, des choses (réalités) humaines.

Sans doute, l'appréciation des intérêts en présence dans un jugement de l'excès de pouvoir ne doit-il pas être perçue comme une démarche arbitraire, de nature à sacrifier de manière injustifiée des intérêts à d'autres.

Le juge tente en effet, et c'est là le véritable renouvellement de son office, de lui donner une assise objective, qui permette de rendre socialement et humainement acceptable un jugement d'annulation.

⁷⁵³ Voir dans ce sens : É. Untermaier-Kerléo, *Le tiers à l'acte administratif unilatéral : un administré et un justiciable de second rang*, R.F.D.A 2013 p.285.

⁷⁵⁴ Le juge peut moduler dans le temps un jugement d'annulation.

⁷⁵⁵ Le jugement est présenté par un syllogisme dans lequel la majeure est constituée par l'énoncé de la règle de droit, la mineure par la constatation des faits de l'espèce, et la conclusion par la décision elle-même.

⁷⁵⁶ En 1994 déjà, lors d'un débat organisé pour la cinquantième anniversaire de l'Actualité Juridique du Droit Administratif et publié à A.J.D.A 1995, n° spécial, Guy Braibant avait émis l'idée que la jurisprudence s'oriente « *vers une solution européenne selon laquelle c'est le juge lui-même qui décide dans chaque cas si les effets d'une annulation doivent être rétroactifs ou ne porter que sur l'avenir* ». Un tel souhait a été réalisé en 2004 par la pratique de la modulation dans le temps des effets de l'annulation d'une décision administrative (CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*), sur laquelle nous allons revenir dans les développements qui suivent.

§2. La prise en compte des droits subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir

« Il nous semble, écrit Bruno Kornprobst, que le recours pour excès de pouvoir a cessé d'être un procès fait à un acte »⁷⁵⁷. On ne peut que souscrire à une telle affirmation. En effet, son caractère de recours « objectif de pure légalité »⁷⁵⁸ est aujourd'hui fortement atténué, voire entièrement vidé de sa consistance⁷⁵⁹. Cet « instrument mis à la portée de tous pour la défense de la légalité méconnue », dont parlait le commissaire de gouvernement Pichat⁷⁶⁰, se révèle aujourd'hui efficace pour faire valoir un droit subjectif. Ce requérant, que Duguit a autrefois qualifié d'« agent du ministère public qui agit pour assurer le respect de la loi »⁷⁶¹, peut désormais défendre un droit personnel, faire valoir sa qualité d'intéressé devant le juge de l'excès de pouvoir.

Deux facteurs ont contribué à introduire ce « point de vue résolument subjectiviste »⁷⁶² dans cette voie de recours.

Il y a, d'une part, les évolutions législatives, opérées notamment par la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public et la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. Rompant un tabou séculaire⁷⁶³, cette dernière va faire de l'injonction un instrument essentiel mis à la disposition du requérant – partie au litige – pour défendre efficacement ses droits face à l'administration – l'autre partie au litige –, en l'obligeant à se soumettre et à lui restituer son dû. L'administration se retrouve alors forcée d'ôter son masque de puissance publique et de

⁷⁵⁷ B. Kornprobst, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, L.G.D.J 1959, précité, p. 85.

⁷⁵⁸ Voir dans ce sens, E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, T. 2, pp. 561 à 562 ; M. Hauriou, note sous CE, 8 et 15 décembre 1899, *Affaires ville d'Avignon et Adda*, Sirey 1900, III^{ème} part., p. 73 ; M. Letourneur, *L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir*, E.D.CE, 1953, p. 66, précités.

⁷⁵⁹ Il n'est tout autre que cette « pièce de musée, un objet d'art délicat, une merveille de l'archéologie juridique », dont parlait déjà le Doyen Hauriou en 1914, note sous CE 29 novembre 1912, *Boussuge et autres*, S. III^{ème} partie, p. 33, Rec., p. 1128, concl. Blum.

⁷⁶⁰ Concl., sur CE., 8 mars 1912, *Lafage*, Rec., p. 348, précité.

⁷⁶¹ L. Duguit, *L'État, les gouvernants*, 1903, p. 133, précité.

⁷⁶² E. Garcia de Enterría, *Contentieux administratif objectif et contentieux administratif subjectif à la fin du XX^{ème} siècle : analyse historique et comparative*, Rev. adm. 2000, n° spécial, p. 125 (spéc. p. 127)

⁷⁶³ Le Conseil d'État a, en effet, toujours refusé d'enjoindre à l'administration pour assurer l'exécution de sa décision d'annulation. On peut citer, par exemple, l'arrêt *Le Loir* en date 27 janvier 1933 dans lequel le Conseil d'État déclare : « Que s'il appartient au juge de constater les obligations réciproques des parties..., il ne saurait intervenir dans la gestion du service public en adressant sous une menace de sanctions pécuniaires des injonctions, soit à l'administration, soit à ceux qui ont contracté avec elle à l'égard desquels elle dispose des pouvoirs nécessaires... », Rec., p. 136 ; S. 1933.3.132, concl. Detton.

venir défendre son acte « *comme un particulier défendrait ses droits* » pour ainsi reprendre l'expression du Professeur *Bruno Kornprobst*⁷⁶⁴.

Il y a, d'autre part, les récentes évolutions jurisprudentielles qui ont fait une place importante aussi bien au requérant qu'aux tiers dans le contentieux de l'excès de pouvoir, en leur permettant, surtout, de s'infiltrer, par cette voie de recours, dans des domaines sensés réservés au seul juge de pleine juridiction.

S'agissant tout d'abord du requérant, l'admission, par exemple, du recours pour excès de pouvoir contre le contrat de recrutement d'un agent public, consacré par l'arrêt *Ville de Lisieux* en date 30 octobre 1998 (Rec., p. 375, concl. Stahl), confirmé récemment par l'arrêt *Castronovo c/ commune d'Aix-en-Provence* en date du 2 février 2015 (req., n° 373520)⁷⁶⁵, lui permet de faire valoir son droit subjectif, « *sa qualité de favori* », au poste auquel il prétend. Elle lui offre ainsi la possibilité de se prévaloir d'un droit à se voir attribuer ce qui lui avait été illégalement refusé par l'administration. Ainsi, et en dépit de la nature objective (le requérant attaque un acte et ne réclame pas un droit subjectif) du recours formé par le candidat évincé, bien que l'acte par lui attaqué soit un acte (contrat) de recrutement d'un agent public, le débat porté devant le juge de l'excès de pouvoir, dans ce contentieux et d'ailleurs dans toutes les espèces de cette nature, se transforme entre des intérêts individuels : ceux de l'agent recruté et ceux de l'autre agent écarté. L'objet de la décision du juge, qu'elle soit une annulation ou un rejet, sera bel et bien l'attribution, la reconnaissance d'un droit subjectif, une répartition d'intérêts personnels, entre le candidat initialement retenu par l'administration et celui par elle écarté. Dans l'examen de la légalité du contrat litigieux, le jugement de l'excès de pouvoir ne se limitera plus à la seule confrontation de l'acte de recrutement, présumé régulier, avec une disposition légale préexistante ; le juge statuera sur un conflit d'intérêts, ceux de l'agent retenu et ceux de l'agent écarté. Le juge devra vérifier la situation (qualités, compétences...etc.) de la personne même de l'agent qui a été recruté. Ce dernier va devoir défendre, par le biais de l'administration, sa position de favori au contrat. De ce fait, il devient difficile de continuer à affirmer que « *le résultat de son recours n'est pas, à proprement parler, sa satisfaction personnelle, mais l'annulation d'une décision*

⁷⁶⁴ B. Kornprobst, thèse précitée, p. 91.

⁷⁶⁵ *B.J.C.L* 2015, p. 318, concl. Daumas, *A.J.D.A* 2015, p. 990, note F. Melleray, *C.M.P* avril 2015, n° 102, p. 39, note Pietri, *G.A.J.A* 20^{ème} édition, comm. n°116, P. 6.

contraire au droit » et que, « *en réalité* », c'est seulement « *la Loi, le Droit qui triomphe* » et que le requérant « *n'obtiendra rien de personnel* »⁷⁶⁶.

Toujours dans le domaine de la fonction publique, l'agent qui souhaite obtenir l'annulation de sa révocation, de sa mise à la retraite d'office, de sa mutation d'office ou déplacement d'office, fait également valoir un droit personnel, celui de conserver son poste⁷⁶⁷ (parfois le même poste), c'est-à-dire l'emploi même occupé, auquel il est affecté. Sanctionner la décision de l'administration le révoquant, le mettant d'office à la retraite ou le mutant ou de déplacement d'office, quoiqu'on puisse dire du caractère objectif du jugement d'annulation, est bien une satisfaction personnelle. Le juge ne fait que constater avec force de vérité légale le droit subjectif de l'agent concerné de conserver son poste. De ce fait, et en application du principe de la rétroactivité du jugement d'annulation, l'administration se retrouve obligée, en cas d'annulation d'une révocation ou d'une mise à la retraite d'office, de réintégrer l'agent dans la fonction publique et de tirer toutes les conséquences qui s'imposent en matière de reconstitution de sa carrière⁷⁶⁸. Ainsi, ses droits subjectifs, interrompus par la révocation annulée, seront intégralement reconstitués. L'agent qui a obtenu l'annulation de sa révocation ou de sa mise à la retraite d'office devra également retrouver un emploi de son grade dans son cadre (ou dans son corps)⁷⁶⁹, et, dans certains cas, être réintégré dans l'emploi même qu'il occupait avant son éviction, et ce alors même que son emploi n'est plus vacant. Ces cas, que nous avons déjà étudiés, sont les suivants : l'emploi occupé était un emploi unique⁷⁷⁰ ; aucun autre emploi identique ou équivalent n'est vacant⁷⁷¹ ; éviction d'un magistrat judiciaire du siège inamovible⁷⁷² ; mutation d'office d'un agent⁷⁷³. Dans ces hypothèses, l'agent nommé pour le remplacer devra céder sa place après le prononcé de l'annulation de sa révocation. Dans ces de figures, et quoiqu'on puisse dire également du caractère objectif du recours pour

⁷⁶⁶ L. Bérard, *La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir*, thèse Paris, Domat-Montchrestien, 1932, p. II.

⁷⁶⁷ C'est-à-dire l'emploi de son grade dans son cadre ou corps.

⁷⁶⁸ Voir dans ce sens, CE, Ass., 26 décembre 1925, *Rodière*, *Rec.*, p. 1065, précité.

⁷⁶⁹ Même si selon la jurisprudence du Conseil d'État « *un fonctionnaire ayant fait l'objet d'une mesure d'éviction annulée par la juridiction administration ne peut, en principe, prétendre, en exécution de la décision d'annulation, qu'à un emploi de son grade dans son cadre (ou corps) mais non à sa réintégration dans l'emploi même qu'il occupait* », CE 3 janvier 1958, *Dejean*, *Rec.*, p. 3 ; CE, Sect., 16 octobre 1959, *Guille*, *Rec.*, p. 516 ; CE, 20 avril 1960, *Lascaud*, *Rec.*, p. 260, précité.

⁷⁷⁰ CE, 1^{er} décembre 1961, *Bréart de Boisanger*, *Rec.*, p. 676 (concernant l'emploi d'administrateur de la Comédie française) ; CE 8 avril 2009, *Chambre des métiers et de l'artisanat de la Moselle*, n° 289314, *Rec.*, p. 139, (concernant l'emploi de secrétaire général de la chambre des métiers et de l'artisanat de la Moselle), précités.

⁷⁷¹ CE, 10 novembre 1967, *Rabdeau*, req., n° 69473, *Rec.*, p. 424.

⁷⁷² CE, Ass., 27 mai 1949, *Véron-Reville*, *Rec.*, p. 246 ; CE, 26 octobre 1960, *Corvisy*, *Rec.*, p. 1044, précités.

⁷⁷³ CE, Sect., 20 janv. 1939, *Hollender*, *Rec.*, p. 20 ; CE, 15 novembre 1950, *Tricot*, *Rec.*, p. 554 ; CE 2 juillet 1999, *Hirsch-Marrie*, n° 190474, *Rec.*, T. pp. 864-967

excès de pouvoir, le juge consacre un droit personnel, pour l'agent irrégulièrement écarté du service, celui de revendiquer le même emploi occupé précédemment. En effet, en ordonnant la réintégration de l'agent dans l'emploi même qu'il occupait avant son éviction, le juge consacre, grâce au recours pour excès de pouvoir, un intérêt personnel à retrouver le même poste occupé avant l'éviction.

S'agissant ensuite des tiers, la jurisprudence *Boussuge et autres* du Conseil d'État en date du 29 novembre 1912⁷⁷⁴, qui a consacré la tierce opposition, leur a déjà permis de prendre part au litige, d'intervenir dans le débat contentieux et d'exiger que leurs droits soient protégés. Aujourd'hui, après les récentes évolutions jurisprudentielles (étudiées précédemment), notamment *Lugan et Strasbourg FM, Ternon*⁷⁷⁵ et *Coulibaly*⁷⁷⁶, le Conseil d'État renforce la place et les droits des tiers dans le contentieux administratif. Ainsi, la nécessité de préserver la sécurité juridique et de protéger les droits acquis peut amener le juge à tempérer les conséquences mécaniques de la chose jugée. De même que dans les espèces *Ternon* et *Coulibaly*, les droits créés au profit des tiers par une décision administrative irrégulière font obstacle au retrait de cette dernière par l'administration après un certain délai (quatre mois). Les situations, créées par cette décision deviennent alors définitives, et l'administration ne peut y revenir.

Cette nouvelle tendance du Conseil d'État, visant à garantir un meilleur équilibre entre le respect de la légalité et les impératifs de l'intérêt général ou encore celui des droits des justiciables (requérant ou tiers), signifie que le juge reconnaît l'existence des intérêts en présence dans un recours pour excès de pouvoir et donc des parties aux litiges, qu'il faudra désormais protéger des effets mécaniques de la rétroactivité (de l'autorité absolue de la chose jugée). Cela dit, « *le vieux dispositif, purement objectif et neutre, de contrôle abstrait de la légalité par la voie du recours pour excès de pouvoir, a été profondément modifié par l'irruption en son sein d'un point de vue incontestablement subjectif. Dans le cadre du contrôle de légalité, il s'agit que les citoyens puissent désormais faire prévaloir leur situation personnelle face à un acte illégal de l'administration. Le fait qu'un citoyen puisse obtenir*

⁷⁷⁴ *Rec.*, p. 1128, concl. Blum, S. III^{ème} partie, p. 33, note Hauriou.

⁷⁷⁵ CE, Ass., 26 octobre 2001, req. n° 197018, *Rec.*, p. 497, concl. F. Séners, *A.J.D.A* 2001, p.1037, *ibid.* p.1034, chron. M. Guyomar et P. Collin, *ibid.* 2002, p. 738, étude Y. Gaudemet, *R.F.D.A* 2002, p. 77, concl. F. Séners ; *ibid.* p. 88, note P. Delvolvé, *Dr. adm.* 2001, p. 253, note I. Michallet, *L.P.A* 12 février 2002, note F. Chaltiel.

⁷⁷⁶ CE 6 mars 2009, req. n° 306084, *Rec.*, p. 79, concl. C de Salins, *A.J.D.A* 2009, p. 455, *ibid.* p. 817, obs. A. Lienhard, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi, *R.F.D.A* 2009, p. 215, concl. C. de Salins, *ibid.* p. 439, note G. Eveillard.

d'un tribunal la reconnaissance d'intérêts personnels, au moyen d'un procès contradictoire et de procédures d'exécution forcée imposées par le tribunal lui-même sur le fondement de la constatation des agissements illégaux de l'autre partie, constitue la reconnaissance non équivoque du caractère véritablement subjectif des droits de ce citoyen»⁷⁷⁷.

Il existe désormais des parties dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Dans ce cas d'un contentieux classique, il s'agit du requérant d'une part, et de l'administration, d'autre part, s'agissant d'un contentieux classique. Dans la nouvelle configuration du contentieux, différente de celle du contentieux classique⁷⁷⁸, sont en présence le requérant et l'administration, d'une part, et les tiers, d'autre part.

⁷⁷⁷ E. Garcia de Enterría, *Contentieux administratif objectif et contentieux administratif subjectif à la fin du XXème siècle : analyse historique et comparative*, Rev. adm. 2000, n° spécial, p. 125, s. p. 127.

⁷⁷⁸ « l'administration délivre un titre ou une autorisation à un administré, et c'est un autre administré qui se présente comme demandeur devant le juge, et l'on est ainsi en présence d'une situation "triangulaire" dans laquelle, au fond, le véritable défendeur, n'est plus l'administration mais le détenteur de l'autorisation administrative. Et il y a là, je crois, un changement assez radical de la notion de contentieux et de procès "fait à un acte" (...) », D. Labetoulle, *Questions pour le droit administratif*, A.J.D.A., 1995, p.11.

Conclusion du Titre II.

Conscient de cet aspect purement négatif qui domine le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, celui-ci « *combat avant tout les dépassements, c'est une sorte de cassation. Il déclare les illégalités, ce qui ne pouvait pas être fait* »⁷⁷⁹, le juge administratif a dû perfectionner ses méthodes de contrôle à travers la mise en place de procédés pragmatiques lui permettant de trouver un juste équilibre entre une protection efficace des droits des administrés et une sanction mesurée de l'excès de pouvoir. Ce faisant, il parvient ainsi à rétablir efficacement la légalité méconnue par l'autorité administrative tout en préservant tout ce qui a été fait par elle ou définitivement acquis par les tiers de son action.

⁷⁷⁹ B. Pacteau, *Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ?* R.A 1999, n° S, p. 51. s. précité.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Si l'on veut essayer maintenant de résumer dans cette première partie ce qui caractérise le renouvellement du contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, on y trouve une perception plus réaliste de ce contrôle par le juge administratif. En effet, la mise en œuvre d'un véritable contrôle concret et pragmatique de la légalité a conduit le juge de l'excès de pouvoir à se détacher d'une approche étroite de la légalité consistant à appliquer le droit d'une manière purement mécanique, sans se préoccuper du caractère raisonnable ou acceptable des solutions qu'il propose. Dans ce cas de figure, le juge peut, en effet, paraître comme éloigné complètement de la vie réelle et sociale, dans le cadre de laquelle ses décisions sont appelées à être appliquées. Cette démarche, le juge la refuse désormais. Investi du pouvoir de gardien de la légalité, ce dernier se reconnaît dorénavant la faculté de trancher d'une manière plus réaliste les litiges qui lui sont soumis. À ce titre, *« on assiste indubitablement à un recul évident d'une conception abstraite et transcendante de l'intérêt général au profit d'une vision plus réaliste de l'action publique et des rapports entre l'administration et les administrés. À chaque étape du raisonnement juridique le juge tente de maîtriser l'ensemble des paramètres utiles à une décision juridictionnelle équilibrée dans le sens d'une justice plus " efficace" »*⁷⁸⁰. Ce faisant, le juge fait du recours pour excès de pouvoir un outil mieux adapté aux réalités concrètes du litige administratif, et cela sans pour autant renoncer à l'idée d'une application stricte de la règle de droit. Par ailleurs, on peut affirmer que dans certaines hypothèses, dans lesquelles le requérant peut désormais faire valoir des droits subjectifs, le recours pour excès de pouvoir se rapproche de celui de pleine juridiction et se révèle un instrument efficace et économique (ne nécessitant pas le ministère d'avocat) pour le contrôle juridictionnel de l'administration.

⁷⁸⁰ J. Caillousse, *Le juge administratif et la question de l'efficacité*, R.D.P 2013, p. 27.

PARTIE II :
LE RENOUVELLEMENT DANS LA FINALITÉ DU CONTRÔLE

« La légitimité de la justice administrative passe aujourd'hui nécessairement par son efficacité, c'est-à-dire par la capacité du juge à remplir pleinement son rôle social et à influencer sur les situations concrètes »⁷⁸¹.

Nous avons démontré dans la première partie de cette recherche un changement dans la teneur du contrôle juridictionnel par voie de recours pour excès de pouvoir, celui-ci se voulant désormais plus concret et plus réaliste. Nous nous efforcerons, dans cette seconde partie, de mesurer l'importance de ce changement quant à la capacité du recours pour excès de pouvoir à remplir un objectif précis : rétablir efficacement la légalité méconnue. En effet, s'il fait désormais l'objet d'un examen plus approfondi de la part du juge administratif, le recours pour excès de pouvoir ne remplira véritablement son rôle que dans la mesure où il parviendra à garantir une intervention efficace du juge pour le rétablissement de la légalité méconnue par l'autorité administrative. Cette constante exigence d'efficacité (cette dernière étant définie comme la capacité de parvenir à ses fins, d'atteindre ses objectifs, d'obtenir les résultats souhaités ou attendus) se fait ressentir dès la phase introductive d'instance et jusqu'à l'après-jugement en annulation. Il est important de mesurer la capacité du juge à s'adapter aux réalités nouvelles du litige administratif et à relever les nouveaux défis auxquels il est désormais confronté dans le jugement de l'excès de pouvoir.

Cette seconde partie de notre étude sera donc subdivisée en deux titres :

TITRE I : LA RECHERCHE DE L'EFFICACITÉ AU STADE DE L'EXAMEN DE LA REQUÊTE

TITRE II : LA RECHERCHE DE L'EFFICACITÉ LORS DU RÈGLEMENT DU LITIGE

⁷⁸¹ J.-M. Sauvé, *Enjeux et défis du Conseil d'État de France*, Intervention lors du colloque organisé par université catholique de Louvain (KU Leuven) le mardi 15 octobre 2013. Discours disponible sur le site du Conseil d'État.

TITRE I :
LA RECHERCHE DE L'EFFICACITÉ AU STADE DE L'EXAMEN DE LA
REQUÊTE

Le renouvellement dans la finalité du contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir est caractérisé par une recherche d'efficacité d'abord au stade de l'examen de la requête en annulation. Concrètement, il s'agit, d'une part, de garantir un droit d'accès facile au juge, en urgence si besoin, d'autre part, d'éviter d'entraver abusivement l'action administrative. Pour atteindre ce double objectif, le juge de l'excès de pouvoir n'hésite pas à venir au secours, tantôt du requérant, tantôt de l'administration, en collaborant avec chacune des parties à l'instance dans la procédure juridictionnelle qui les oppose. Il prend, ainsi, des initiatives bienveillantes en faveur du requérant pour lui faciliter l'accès au prétoire, « *en adaptant, en simplifiant, quelquefois même en supprimant des formalités procédurales* »⁷⁸² sur lesquelles il aurait pu succomber dans l'introduction de sa requête en annulation. Chose remarquable là encore, le même juge prend également des initiatives en faveur de l'administration pour lui éviter que son action ne soit injustement entravée et paralysée par un recours en annulation, et cela sans que soit compromise la garantie du droit.

L'efficacité de l'intervention du juge dans l'examen de la requête introductive d'instance sera étudiée successivement du point de vue du demandeur et de celui du défendeur à l'instance.

Chapitre 1 : L'efficacité du contrôle analysée du point de vue du demandeur : un juge secourable au requérant

Chapitre 2 : L'efficacité du contrôle analysée du point de vue du défendeur : un juge protecteur de l'administration

⁷⁸² R. Odent, *Le destin des fins de non-recevoir*, in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, T. 2, L.G.D.J., 1974, pp. 653 à 654.

Chapitre 1 :

L'efficacité du contrôle analysée du point de vue du demandeur : un juge secourable au requérant

L'accès au juge est la première des garanties que peut espérer le requérant lorsqu'il entend contester une décision administrative⁷⁸³. L'étendue de cette garantie est directement fonction du degré de libéralisme dont peut faire preuve le juge administratif dans l'interprétation des règles de recevabilité des requêtes dont il est saisi⁷⁸⁴. Un grand pas a été franchi dans ce sens par le Conseil d'État lorsqu'il a déclaré le recours pour excès de pouvoir « ouvert, même sans texte, contre tout acte administratif »⁷⁸⁵. Par ailleurs, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁸⁶, les demandes d'annulation formulées à l'encontre de plusieurs catégories d'actes, jusque-là inattaquables⁷⁸⁷, ont fini par être déclarées recevables. C'est ainsi, par exemple, que des détenus ont été admis à contester les mesures disciplinaires les ayant privés de cantine et de visites⁷⁸⁸, que des militaires ont pu contester les sanctions disciplinaires qui leurs avaient été infligées⁷⁸⁹, qu'un agent public a été admis à attaquer la décision d'affectation l'ayant privé de la bonification indiciaire qu'il percevait en raison de ses fonctions⁷⁹⁰, ou encore que des élèves ont pu contester leur exclusion fondée sur le règlement intérieur de l'établissement⁷⁹¹.

Toutefois, et malgré, à la fois, un assouplissement des règles de recevabilité des recours et une volonté de « réalisme et de compréhension »⁷⁹² de la part du juge

⁷⁸³ Voir dans ce sens : A. Claeys, *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, thèse Poitiers, 2005, p. 83.

⁷⁸⁴ MM. Cabanes et Léger, chron. Sous, CE, 22 novembre 1972 *Sieur Deboise*, A.J.D.A 1973, p. 135.

⁷⁸⁵ CE, 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte*, Rec., p. 110.

⁷⁸⁶ C.E.D.H 24 février 1975, *Golder* ; C.E.D.H 28 juin 1984, *Cambell et Fell c/Royaume Uni*, A. 80, § 73, à propos des sanctions infligées à un détenu.

⁷⁸⁷ CE, Sect., 11 juillet 1947, *Dewarin*, Rec., p. 307 ; CE, Ass., 27 janvier 1984, *Caillot*, Rec., p. 28.

⁷⁸⁸ CE, 17 février 1995, *Marie*, Rec., p. 85. Voir également, CE, 30 juillet 2003, *Garde des sceaux c/M. Saïd*, req., n° 252712 ; CE, 17 décembre 2008, *Section française de l'observatoire international des prisons (OIP)*, req., n° 293786, à propos d'une mesure de mise à l'isolement ; CE, 30 novembre 2009, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/M. Ali. K.*, req., n° 318589, à propos de la décision d'inscription de détenus sur le répertoire des détenus particulièrement signalés ; CE, 21 mai 2014, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Mme G.*, req., n° 359672, à propos des sanctions disciplinaires prises à l'encontre des détenus ; CE, 9 novembre 2015, *M. D.S.P.*, req., n° 383712, à propos de la décision de retenue des équipements informatique d'un détenu.

⁷⁸⁹ CE, 17 février 1995, *Hardouin*, Rec., p. 82, concl. Frydman.

⁷⁹⁰ CE, 4 février 2011, *Vidallier*, req., n° 335098.

⁷⁹¹ CE, 21 novembre 1992, *Kherouaa*, Rec., p. 389.

⁷⁹² M. Guyomar, B. Seiller, *Contentieux administratif*, Dalloz 2^{ème} édition, 2012, p. 243.

administratif⁷⁹³, le requérant, qui est souvent distrait, peu expérimenté voire hésitant⁷⁹⁴ face à la puissance publique, a besoin de la main tendue du juge administratif qui vient à son secours dans l'instance juridictionnelle. Cette aide lui apporte une protection spécifique, d'ordre psychologique : elle lui permet, en effet, de voir sa cause entendue, lorsqu'en raison de la façon de procéder du justiciable, celle-ci n'a aucune chance de prospérer. Souvent louée par les auteurs, cette initiative du juge en faveur du requérant ressortit à une « *tradition libérale à laquelle le juge administratif demeure attaché* »⁷⁹⁵.

Notre analyse sera conduite en deux temps. Dans la première section, seront examinés les fondements de l'intervention du juge en faveur du requérant. Dans la seconde section, sera étudié comment se manifeste de façon concrète cette initiative du juge dans la requête introductive d'instance.

⁷⁹³ Celui-ci n'hésite pas admettre la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir contre par exemple une décision administrative verbale dont la réalité n'est pas douteuse (CE, 3 février 1993, *Union syndical professionnelle des policiers municipaux*, *Rec.*, p. 25), contre une décision dont l'existence est seulement déduite d'autres actes qui l'impliquent nécessairement (CE, 5 octobre 2005, *Sté Endymis*, *A.J.D.A* 2006, p. 429, note Costa), contre une décision non formalisée (CE, Ass., 14 décembre 2007, *M.P req.*, n° 306432), une publication sur un site internet officiel (CE, 15 juillet 2004, *Association sportive Cannes et autres*, réq., n° 268728.), un communiqué de presse (CE, 10 juillet 1992, *Syndicat des médecins libéraux*, *Rec.*, p. 289).

⁷⁹⁴ En effet, lorsque il est opposé à l'administration, le requérant a souvent en tête cette image que voulait donner le Professeur Colson dans sa thèse sur « *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif* », qui celle du « *combat que David devait livrer à Goliath* », *L.G.D.J* 1970, p. 99.

⁷⁹⁵ J. Morand-Deville, *Le contrôle de l'administration : la spécificité des méthodes du juge administratif et du juge judiciaire*, in *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique*, (dir.) G. Dupuis, Economica, 1991, p.188.

Voir également dans ce sens, A. Ciaudo, *L'irrecevabilité en contentieux administratif français*, édition L'Harmattan, 2005, p. 165.

Section 1.

Fondements de l'intervention du juge en faveur du requérant

Deux fondements permettent de justifier l'intervention du juge en faveur du requérant dans l'instance juridictionnelle qui l'oppose à l'administration. Le premier est lié au caractère inégalitaire des rapports qui s'établissent entre les parties en présence dans le litige administratif⁷⁹⁶. Ce déséquilibre des rapports entre l'autorité publique et les administrés a créé, une sorte, de devoir moral du juge envers les requérants, en ce sens que « *le Conseil d'État a toujours estimé que cette situation lui créait des obligations particulières et qu'il se devait non seulement de garantir l'impartialité, la qualité et l'efficacité du contrôle exercé par la juridiction administrative sur l'activité des services publics, ce qui est élémentaire, mais également, pour compenser l'inégalité existante entre les parties en cause, de faciliter aux administrés l'accès à cette juridiction en adoptant, en simplifiant, quelquefois même en supprimant des formalités procédurales* »⁷⁹⁷.

L'inégalité des parties dans le litige administratif ne saurait à elle seule expliquer l'attitude bienveillante du juge à l'égard du requérant dans l'examen de sa requête. Le caractère particulier de la procédure administrative contentieuse, procédure de type inquisitoire, est également un facteur déterminant et constitue le second fondement de cette aide apportée par le juge au requérant dans l'examen de la recevabilité de sa demande en annulation.

⁷⁹⁶ Deux raisons peuvent justifier cette inégalité : « *d'abord parce qu'en premier ressort, l'administré est, en principe, en demande ; ensuite parce que, précisément, il est l'administré. Dès lors, dans l'instance, il cumule normalement deux situations qui sont incontestablement de faiblesse : la première : celle de demandeur, vaut pour tout procès, notamment administratif ; la seconde : celle d'administré, est spécifique au procès administratif* », O. Gohin, *Les principes directeurs du procès administratif en droit français*, R.D.P 2005, p. 173.

⁷⁹⁷ R. Odent, *Le destin des fins de non-recevoir*, Mélanges M. Waline, précité, p. 653.

A. L'inégalité des parties dans l'instance juridictionnelle

Le droit administratif est un droit inégalitaire⁷⁹⁸. Il met en relation deux sujets de droit placés dans des positions différentes : d'un côté, une administration qui incarne l'autorité et la puissance publique ; de l'autre côté, un requérant (souvent une personne physique) qui n'a d'autre moyen pour se défendre que cette faculté de saisir le juge de l'administration, pour obtenir – tant bien que mal – le respect du droit⁷⁹⁹.

L'inégalité des rapports entre les parties⁸⁰⁰ en présence reste visible avant et pendant l'instance : à la puissance des pouvoirs publics s'oppose la faiblesse des particuliers⁸⁰¹. Ces derniers savent parfaitement que, dans leur confrontation quotidienne avec l'autorité administrative, celle-ci peut légitimement les léser dans leurs intérêts. « *Telle est la caractéristique même du droit administratif, un corps de règles conférant des prérogatives exorbitantes en raison du but supérieur recherché par la puissance publique* »⁸⁰². Ce déséquilibre qui caractérise l'instance juridictionnelle est inhérent à l'existence même de la juridiction administrative (1) et est conforté par la position de défendeur de l'administration dans le contentieux de la légalité(2).

⁷⁹⁸ R. Odent, *Le destin des fins de non-recevoir*, Mélanges Waline, précité, p. 653 : « *La procédure contentieuse administrative est, comme le fond du droit public, dominée par le caractère inégalitaire des rapports qui s'établissent entre les autorités exécutives et chaque administrés* ».

Voir également dans ce sens J. Chevallier, *Le droit administratif droit de privilège ? Pouvoirs* 1988, n°46, p.57 : « *Historiquement, écrit l'auteur, le droit administratif a été sans nul doute conçu comme un droit de privilège : parce qu'elle disposait de prérogatives de puissance publique, l'administration était censée ne pouvoir être traitée comme les simples particuliers, soumise au même droit qu'eux (...) L'existence du droit administratif ne faisait dès lors que traduire la supériorité de l'administration sur les administrés et l'irréductibilité de sa position sociale* » ; J. Rivero, *Existe-il un critère de droit administratif*, R.D.P 1953, p. 279 : « *Les règles de droit administratif se caractérisent par les dérogations, au profit des personnes publiques, des droits reconnus aux particuliers dans leurs relations, soit dans le sens d'une réduction de ces droits* ».

⁷⁹⁹ R. Odent, *Le destin des fins de non-recevoir*, précité, p. 653.

⁸⁰⁰ Voir pour une position contraire, J.-P. Chaudet, *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse*, L.G.D.J, 1967, p. 496 : « *le droit procédural, dit l'auteur, est un droit d'égalité. L'inégalité des rapports qui caractérise le droit administratif a épargné la procédure administrative contentieuse devenue, sous l'influence des principes généraux, un droit d'égalité. Dépouillée de ses prérogatives de puissance publique dans le procès administratif, l'Administration est opposée à un particulier investi des mêmes droits et titulaire des mêmes obligations qu'elle* ».

⁸⁰¹ A. Mestre, *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'administration*, précité, p. 81.

⁸⁰² J.-M. Février, *L'administré face au procès administratif*, L.P.A 5 août 1998, n°98, p. 13.

1. Une inégalité inhérente à l'existence même de la juridiction administrative

Que ce soit pour des raisons historiques⁸⁰³ ou pour des considérations pratiques⁸⁰⁴, l'existence d'une juridiction spéciale, c'est-à-dire d'une juridiction autre que celle du droit commun chargée de régler les litiges entre les plaideurs ordinaires (personnes privées) et appliquant des règles de droit privé, témoigne des rapports fondamentalement inégalitaires caractérisant la procédure administrative contentieuse et conforte par là-même le soupçon de qualité de « plaideur privilégié » qui pèse sur l'administration dans l'instance juridictionnelle.

N'oublions pas en effet que si l'administration a accepté d'être contrôlée, elle ne l'a admis que devant un juge qu'elle a elle-même choisi : le juge administratif.

Ce privilège de choisir son propre juge, l'administration le tient de l'origine même de la justice administrative et de sa qualité de pouvoir (organe/autorité) de l'État. Dès son origine (Conseil du roi de l'Ancien Régime), le juge administratif était issu de l'administration. Du fait de sa qualité de rouage essentiel de l'État, l'action administrative est une traduction concrète de l'autorité de l'État, exprimée d'une façon unilatérale – à laquelle les administrés (destinataires des décisions administratives) doivent obéissance, alors même qu'ils n'y ont pas consenti –, et bénéficiant, en application de la théorie de l'apparence, d'une présomption de légalité ou encore de « *l'autorité de la chose décidée* », comme disent certains auteurs⁸⁰⁵. Et

⁸⁰³ En effet, la répartition des tribunaux en deux ordres de juridictions est le résultat d'une série de faits historiques survenus au XVIII^e et XIX^e siècle dont on peut les résumer à quelques dates capitales : La loi des 16-24 août 1790 relative à l'organisation judiciaire, les révolutionnaires déclarent que « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrés pour raison de leurs fonctions ». Interprétée comme une conséquence du principe politique de la séparation des pouvoirs, cette loi avait pour objet de réorganiser la justice qui était rendue, sous l'Ancien Régime, par les parlements provinciaux, mais aussi et surtout elle exprimait clairement la volonté politique d'interdire à l'ordre judiciaire toute possibilité de s'immiscer dans le fonctionnement de l'administration. Vinrent ensuite les réformes de 1799 entreprises par Bonaparte. D'abord, la loi du 28 pluviôse an VIII créa les conseils de préfecture. En 1807, il créa la Cour des comptes. Vint ensuite une réforme capitale en matière administrative est celle qui créa le Conseil d'État par la Constitution du 22 frimaire an VIII. Enfin, dès la chute du Second Empire, le Conseil d'État est reconnu officiellement comme juridiction par la loi du 24 mai 1872.

⁸⁰⁴ Les considérations pratiques peuvent se justifier par les différences qui existent entre le droit public et le droit privé. En effet, « *l'expérience prouve que certains textes du droit privé s'adaptent mal aux nécessités spéciales du fonctionnement des services publics, à la primauté des besoins dont ils assurent la satisfaction. L'inapplicabilité de ces textes s'explique aisément ; ils ont été conçus pour régler des relations entre des personnes privées qui se trouvent dans des situations comparables. Il n'est pas surprenant qu'ils soient difficilement utilisables pour régler les rapports qui s'établissent entre les services publics et des personnes privées où les situations relatives sont fondamentalement différentes* », R. Odent, *Contentieux administratif*, T. 1, réédition Dalloz 2007, précité, pp. 10 à 11.

⁸⁰⁵ R.- G. Schwartzberg, *L'autorité de chose décidée*, L.G. D.J., 1969. Voir également la préface de Doyen Vedel qui situe la chose décidée par l'administration par rapport à l'autorité qui s'attache à la chose jugée ou encore Léo Michoud, pour qui « *le caractère propre du pouvoir discrétionnaire de l'Administration, là où il existe et dans la*

si nous sommes, aujourd'hui, accoutumés à voir l'administration limitée par le droit et soumise au contrôle juridictionnel⁸⁰⁶, elle ne l'est que d'une façon spécifique. Car elle conserve toujours une marge de liberté, son privilège de puissance publique, qui lui permet d'imposer sa supériorité sur les administrés et de rappeler au juge les limites qu'il ne doit pas franchir dans une instance juridictionnelle, lorsqu'il veut imposer sa censure. « *L'administration n'est pas un plaideur ordinaire, disait le Doyen Hauriou. Elle n'est point soumise à l'autorité du juge de la même façon que les particuliers. Elle consent à lui soumettre ses différends avec les administrés, mais on peut dire qu'avec lui elle traite de puissance à puissance* »⁸⁰⁷.

Le privilège de l'administration est une sphère discrétionnaire, laquelle correspond assez sensiblement à la zone d'opportunité dans laquelle le juge administratif refuse de pénétrer pour porter sa censure⁸⁰⁸. Elle correspond également à cette catégorie d'actes administratifs (exemple, actes de gouvernement) qui, par nature, échappent à tout contrôle juridictionnel et distinguent par là-même les matières contentieuses de celles qui ne le sont pas. Le privilège de l'administration se manifeste également par les limites que le juge s'est fixées de lui-même en refusant, par exemple, à l'occasion d'un jugement d'annulation, de se substituer à l'administration et de prononcer lui-même la décision régulière à la place de celle annulée⁸⁰⁹; et le pouvoir d'injonction lui a longtemps été dénié. Enfin, même après un jugement d'annulation, l'administration peut toujours faire échec à la décision d'annulation, notamment par la pratique des validations législatives⁸¹⁰.

mesure où il existe, est d'échapper au contrôle juridictionnel des tribunaux de tous ordres », in, *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, R.G.A. 1914, T. 3, précité, p. 193.

⁸⁰⁶ P. Weil, *Droit administratif*, PUF, 24^{ème} édition, p. 3.

⁸⁰⁷ M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} édition, réédition Dalloz, 2002, p. 367.

⁸⁰⁸ Voir dans ce sens : A. Hauriou, *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification*, Mélanges R. Carré de Malberg, Sirey, 1933, p. 233.

⁸⁰⁹ A. De Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, LG.D.J 1970, 5^{ème} édition, T. 1, n° 784.

⁸¹⁰ B. Mathieu, *Les « validations » législatives*, *Economica*, 1987, précité.

2. Une inégalité confortée par la position de défendeur de l'administration dans l'instance juridictionnelle

Outre le fait qu'elle relève d'un juge spécial (le juge administratif), l'administration bénéficie également de certains privilèges (privilège du préalable et privilège de l'exécution d'office)⁸¹¹ qui lui permettent, dans ses litiges avec le requérant, de jouer le rôle de défendeur et d'imposer à l'administré le rôle de demandeur, alors que -normalement- ces rôles devraient être inversés⁸¹².

Cette position systématique de défendeur lui procure ainsi un avantage considérable dans le contentieux de la légalité. En effet, il se produit dans ce cas un renversement des rôles : l'Administration, auteur de l'acte, qui, logiquement, devrait être demanderesse, devient défenderesse⁸¹³ ; et c'est donc à l'administré, destinataire de l'acte et qui dans la plupart des cas est étranger à son édicton, d'agir en justice, comme demandeur, s'il veut obtenir son annulation. Une telle situation pèse incontestablement sur les rapports qui s'établissent entre les parties en présence dans l'instance juridictionnelle, en ce que la charge de convaincre le juge de l'illégalité de l'acte critiqué pèse sur le seul requérant-demandeur en annulation. Surtout que celui-ci doit le faire dans un laps de temps assez court (deux mois à compter de la publication ou de la notification de l'acte). Cette situation devient encore plus délicate et constitue même un véritable fardeau, lorsque le requérant conteste la réalité des faits et des motifs de la décision administrative dont il veut obtenir l'annulation.

Rappelons, en effet, que, devant le juge administratif, comme d'ailleurs devant toute instance juridictionnelle, la charge de la preuve, c'est-à-dire l'obligation d'établir la réalité d'un fait (acte) ou la véracité d'une information⁸¹⁴, pèse en principe sur le demandeur⁸¹⁵.

⁸¹¹ Les décisions de l'administration reçoivent une exécution immédiate sans qu'il soit nécessaire pour elle de passer par un juge pour les faire exécuter ; elles sont immédiatement incorporées dans l'ordonnement juridique. Et le recours juridictionnel contre une décision administrative n'a pas, en principe, d'effet suspensif s'il n'en est autrement ordonné par un juge (Art. L. 4 du code de justice administrative).

Du caractère exécutoire des décisions administratives, le Conseil d'État en a même fait « la règle fondamentale du droit public » ; Voir dans ce sens : CE, Ass., 2 juillet 1982, *Huglo*, Rec., p. 257, *A.J.D.A* 1982, p. 657, concl. Biancarelli, note Lukaseweiz ; *D.* 1983. IR. p. 270, obs. P. Délvolvé et J. p. 327, note Dugrip ; *R.A* 1982, p. 627, note B. Pacteau.

⁸¹² R. Bonnard, *Précis de droit administratif*, L.G.D.J 4^{ème} édition 1943, précité, p. 224.

⁸¹³ M. Hauriou, note sous CE, 21 novembre 1913, *Larose*, Sirey 1915, III^e part., p. 25.

⁸¹⁴ Voir dans ce sens : A. Plantey, *La preuve devant le juge administratif*, *J.C.P* 1986. I. n° 3245 ; B. Pacteau, *Preuve, Répertoire de contentieux administratif*, *D.* 2016 : « l'objet de la preuve est d'établir la réalité d'un acte, d'une action, voire d'une abstention, l'existence, les caractères ou la consistance d'une situation ou bien d'un comportement ».

« C'est à celui qui met en branle la machine judiciaire d'apporter la preuve des faits qu'il invoque à l'appui de ses prétentions. Le demandeur prend, en effet, l'initiative de solliciter du juge le bouleversement ou la modification de l'état de droit existant avant le procès. Il est légitime qu'il supporte les conséquences de défaut de preuve »⁸¹⁶.

C'est donc au requérant qui conteste⁸¹⁷ la légalité d'une décision administrative, qui met en cause sa conformité au droit, d'apporter, conformément aux règles normales de la procédure administrative contentieuse, la preuve de ses allégations, de fournir au juge les éléments nécessaires de nature à emporter la conviction sur le bien-fondé de sa demande⁸¹⁸. C'est lui qui est à l'initiative de la demande en annulation ; c'est lui qui a porté le litige devant le juge administratif ; c'est donc à lui de « s'en justifier »⁸¹⁹, s'il veut obtenir un jugement qui protège sa situation⁸²⁰. « Comme dans le procès civil, il est celui qui réclame, qui dérange, et qui a donc à s'en justifier »⁸²¹. Inversement, l'administration mise en cause par la requête apparaît dans ce cas comme un défendeur⁸²².

⁸¹⁵ Voir dans ce sens l'article 1315 du code civil : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation » ; ou encore l'article 9 du code de procédure civile : « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ».

Voir également : CE, Sect., 20 juin 2003, *Sté Établissements Lebreton - Comptoir général de peintures et annexes*, req. n° 232832, Rec., p. 273, concl. Colin ; CE, 21 mai 2007, *Min. Économie, finances et industrie c/ Sté Sylvain Joyeux*, req. n° 284719, Rec., p. 212 ; CE, 16 mai 2008, *Sté Selafo Geomat*, req. n° 288101, Rec., T. p. 686 ; CE, 26 novembre 2012, *Mme Cordière*, req. n° 354108.

⁸¹⁶ Ch. Debbasch, *La charge de la preuve devant le juge administratif*, D. 1983, chron. p. 43, précité.

⁸¹⁷ Ou en général « qu'il mette en cause la validité d'un acte administratif ou qu'il se dise victime d'une action, d'un comportement ou d'une négligence des autorités publiques, le requérant est bien quelqu'un qui réclame, qui revendique, voire qui dérange. Sa place, ses devoirs et ses responsabilités sont bien de façon générale situés par le droit administratif sous le signe de cette position », B. Pacteau, *Preuve*, précité.

⁸¹⁸ CE, Sect., 20 juin 2003, *Sté Établissement Lebreton - Comptoir général de peintures*, req. n° 232832, Rec., p. 273, concl. P. Collin (vérifier l'orthographe de ce nom propre : 1 « l » (cf. note 27) ou 2 « l ») ; C.J.E.G 2003, p. 642 ; CE, 16 mai 2008, *SELAFA Geomat* ; CE, Sect., 21 mai 2007, *Ministre de l'économie et finances c/ Sté Sylvain Joyeux*, req. n° 284719, Rec., p. 212 ; *Dr. fisc.* 2007, p. 970, concl. E. Glaser ; *R.J.F* 2007, p. 631, note O. Fouquet ; CE, 16 juin 2011, *Ministre du Budget*, Rec., 336307 : « en vertu des règles gouvernant l'attribution de la charge de la preuve devant le juge administratif, applicables sauf loi contraire, il incombe, en principe, à chaque partie d'établir les faits qu'elle invoque au soutien de ses prétentions, les éléments de preuve qu'une partie est seule en mesure de détenir ne sauraient être réclamés qu'à celle-ci ».

⁸¹⁹ B. Pacteau, *Manuel du contentieux administratif*, P.U.F., 2014, 3^{ème} édition, précité, n° 175.

⁸²⁰ Voir dans ces sens : Ch. Debbasch, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, L.G.D.J 1962, p. 378 : « Les parties doivent supporter, quel que soit le type de procédure suivie, une partie de la charge de la preuve. Ce sont elles, en effet, qui ont porté leur litige devant les tribunaux. Leur initiative de l'instance est également une charge en ce sens que si elles veulent obtenir un jugement qui protège leur situation, il faut encore qu'elles puissent fournir au juge des éléments de conviction suffisants. C'est-à-dire que les parties doivent mettre le juge à même d'exercer son activité juridictionnelle ».

⁸²¹ B. Pacteau, *Manuel du contentieux administratif*, précité, n° 175.

Voir également dans ce sens Glasson et Tissier, *Traité de la procédure civile*, 1926, T. 2, p. 262 : « c'est un principe de raison et de sécurité sociale que d'imposer la preuve à qui veut innover », cité par B. Pacteau.

⁸²² Voir dans ce sens : B. Pacteau, *Preuve*, précité.

Ainsi, à titre d'exemple, en matière disciplinaire, l'agent sanctionné aura non seulement la charge de se défendre face à une puissance publique qui a constaté les faits et a prononcé la sanction contre lui, mais aussi, et surtout, de prouver le contraire de ce qu'il avait été reproché par cette même puissance publique.

Dans ce cas, le requérant est placé dans une situation d'infériorité vis-à-vis de l'administration ; car, cette dernière est la seule à détenir les informations susceptibles d'étayer le bien-fondé de la demande du requérant⁸²³.

Cela dit, en cas de défaut de preuves des allégations de ce dernier sur les vices entachant la régularité de l'acte qu'il critique ou encore dans l'hypothèse où ces allégations ne sont pas corroborées par les pièces du dossier, les affirmations de l'administration sont, en principe, présumées vraies et exactes, tout comme sa décision est présumée légale, tant que son illégalité n'a pas été démontrée⁸²⁴.

De fait, le doute profite à l'administration⁸²⁵, et la formule de rejet habituellement employée par le Conseil d'État est « *rituelle* »⁸²⁶ : « *Considérant que le requérant n'apporte pas la preuve...* »⁸²⁷, « *Considérant que [le requérant] n'établit pas...* »⁸²⁸, « *Considérant ...*

⁸²³ L'arrêt *Camino* en date du 14 janvier 1916 (Rec., p. 15) ou encore l'arrêt *Konaté* (en matière d'expulsion d'un étranger) en date du 4 février 1981 (*D.* 1981, p. 353, note B. Pacteau), pour prendre deux exemples parmi beaucoup d'autres, permettent de mettre en évidence ce fardeau (cet effort), que doit supporter un requérant pour établir la preuve de l'inexistence matérielle des faits qui lui sont reprochés par l'administration :

S'agissant du docteur Camino, il a été suspendu puis révoqué, d'une part pour ne pas avoir veillé à la décence d'un convoi funèbre de son adversaire auquel il assistait –il lui a été reproché d'avoir fait introduire un cercueil par une brèche ouverte dans le mur d'enceinte du cimetière et d'avoir fait creuser une fosse insuffisante, pour marquer son mépris à l'égard du défunt –, d'autre part pour avoir exercé certaines vexations à l'égard d'une ambulance privée.

S'agissant du Sieur Konaté, il lui a été reproché des actes de violences qu'il aurait commis à l'occasion de sa participation à la grève des loyers déclenchée en août 1975 par les pensionnaires d'un foyer de travailleurs immigrés.

De telles allégations, sans un examen minutieux de la réalité des faits et des pièces du dossier par le juge de l'excès de pouvoir (rappelons que ce dernier est en principe juge la légalité et non juge du fait) ou encore sans les témoignages des personnes présentes sur les lieux ce jour-là, seraient un fardeau insurmontable pour les intéressés. Notamment, lorsque l'administration soulève, comme dans le cas du Sieur Kanoté, le motif d'une menace à l'ordre public : une notion oh combien abstraite !

⁸²⁴ B. Pacteau, *Preuve*, précité.

⁸²⁵ A. Plantey, *La preuve devant le juge administratif*, précité.

⁸²⁶ B. Pacteau, *Preuve*, précité.

⁸²⁷ Voir dans ce sens : CE, 26 novembre 2012, *Mme Cordière*, req. n° 354108, précité.

⁸²⁸ C'est ainsi, par exemple, que le Conseil d'État a écarté le moyen tiré, à l'encontre de la décision fixant le pays de destination, de l'erreur manifeste d'appréciation qu'aurait commise le préfet dans sa décision ordonnant la reconduite à la frontière d'un étranger, au motif que ce dernier « *n'apporte pas d'éléments de nature à établir la réalité des risques invoqués...* » (CE, Ass., 5 mars 2003, *Aggoun*, req. n°242860, Rec., p. 77, concl. J.-H. Stahl ; CE, 18 janvier 2006, *Mehmet A*, req. n° 261082 ; CE, 10 janvier 2005, *M. Suri X*, req. n° 258855).

que [le requérant] se serait borné (...) *sans toutefois rapporter la preuve de cette allégation ; que, dès lors, l'arrêt attaqué est suffisamment motivé...* »⁸²⁹.

La charge de la preuve qui pèse sur le requérant-demandeur peut s'avérer encore plus difficile voire impossible à surmonter, lorsque –notamment– la décision dont il veut obtenir l'annulation cache un détournement de pouvoir⁸³⁰. Rappelons, en effet, que, par son objet, ledit moyen d'annulation vise à mettre en cause non pas la réalité des faits, car ceux-ci ne sont généralement pas contestés par le requérant dans ce moyen, mais l'intention subjective de l'administrateur. La recherche d'un éventuel détournement de pouvoir va donc se situer « *non pas dans le domaine concret des faits, mais dans celui très abstrait des mobiles, des intentions, des buts* »⁸³¹. Le requérant se doit de sonder l'élément psychologique de la décision critiquée, afin d'en faire ressortir le véritable but poursuivi par son auteur. Cette recherche est particulièrement délicate pour le requérant-demandeur, et cela pour deux raisons : d'une part, dans le détournement de pouvoir, « *l'acte critiqué offre toute les apparences d'un acte régulier et un administrateur n'est jamais obligé, à de rares exceptions près, d'énoncer le but qui l'a poussé à rédiger l'acte qu'il émet* »⁸³² ; d'autre part, le recours pour excès de pouvoir est « *un procès fait à un acte* »⁸³³, et non contre son auteur, et le juge

⁸²⁹ CE, Sect., 20 juin 2003, *Sté Établissements Lebreton - Comptoir général de peintures et annexes*, req. n° 232832, Rec., p. 273.

Voir également, dans ce sens, le rejet des moyens tirés de la composition irrégulière d'une commission médicale consultative et du conseil d'administration qui n'étaient « *assortis d'aucune précision qui permette d'en apprécier la pertinence* » : CE, Sect., 8 janvier 1982, *Lambert*, Rec., p. 17. De même, est rejetée la requête formée par le parti « les Verts » et dirigée contre la décision implicite du Premier ministre rejetant sa demande tendant à ce qu'il abroge, par voie de décrets en Conseil d'État, les actes dont résulte un découpage des cantons, qui ne serait pas conforme au principe d'égalité devant le suffrage, au motif que le requérant « *se borne à une allégation générale sans préciser en quoi la délimitation de tel ou tel canton serait devenue illégale* » et qu'ainsi il « *ne met pas le juge administratif à même d'apprécier le mérite de sa requête, qui ne peut dès lors qu'être rejetée* » : CE, Ass., 30 novembre 1990, *Assoc., Les verts*, Rec., p. 339.

De même encore est rejetée la requête d'un maître d'œuvre prétendant avoir adressé par lettre recommandée avec accusé de réception un mémoire en contestation, « *mais qui n'a produit à l'appui de cette affirmation qu'un certificat de dépôt de la lettre recommandée auprès des services postaux dépourvu de toute date et de tout cachet de ces services* » : CE, 18 avril 2009, *Sté DV Construction*, req. n° 297756, Rec., T. 835.

Enfin, le rejet, car non pas établies, des allégations du détournement de pouvoir : CE, 23 avril 1997, *Sté Diffusion Rhône-Alpes*, req. n° 127100 ; CE, 17 octobre 1997, *Sté Belenos-Alsace*, req. n° 176620, Rec., T. 1056 ; CE, 28 novembre 2008, *SCEA de Caltot*, req. n° 295847 ; CE, 5 juin 2009, *Villepin*, req. n° 322283, *R.F.D.A* 2009, p.803, concl. I. de Silva).

⁸³⁰ « *Le détournement de pouvoir, dit le Doyen Hauriou, est le fait d'une autorité administrative qui, tout en accomplissant un acte de sa compétence, tout en observant les formes prescrites, tout en ne commettant aucune violation formelle de la loi, use de son pouvoir pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été conféré, c'est-à-dire, autres que la sauvegarde de l'intérêt général et le bien du service* (CE, 7 juill. 1916, *Moreau*, R. p., 276) », *Précis de droit administratif et de droit public*, précité, p. 442.

⁸³¹ J. Lemasurier, *La preuve dans le détournement de pouvoir*, *R.D.P.*, 1959, p.37, s. p. 39.

⁸³² J. de Soto, *Les nullités des actes administratifs*, thèse précitée, p. 147.

⁸³³ Voir dans ce sens, E. Laferrière, précité.

contrôle la légalité de l'acte critiqué et non les mobiles qui ont fait réagir l'agent, et encore moins ses intentions, il est juge de la légalité et non de « *la moralité administrative* »⁸³⁴.

Apporter la preuve du détournement de pouvoir, de l'illicéité des mobiles psychologiques de l'acte critiqué, est donc une tâche extrêmement lourde pour le requérant⁸³⁵ ; surtout, lorsqu'on sait que celui-ci « *n'a pas, en général, de relations avec l'administration antérieurement à l'acte attaqué* », et « *n'a pas participé à son élaboration, même si l'acte a été pris sur sa demande* »⁸³⁶. « *Sans guère d'information sur la volonté administrative ni d'accès aux circonstances et au contexte dans lequel l'Administration a pris sa décision, comment l'administré serait-il en mesure d'établir une méprise ou erreur de l'autorité publique ?* »⁸³⁷.

Il lui faudra donc l'aide d'un véritable connaisseur de l'administration (juge administratif), qui saura différencier l'intérêt général (finalité de l'action administrative) de la soif d'assouvir une rancune personnelle d'un administrateur (faiblesse de l'homme)⁸³⁸.

⁸³⁴ Voir sur le contrôle de la moralité administrative, M. Hauriou, note sous : CE, 16 mars 1923, *Abbé Gauthier*, S. 1924, III^{ème} part., p. 41 ; *Précis de droit administratif et de droit public*, précité, p. 442 et s. ; H. Welter, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, thèse Nancy, 1929 ; J. Philibert, *Le but et le motif dans l'acte administratif*, thèse Bordeaux, 1931.

⁸³⁵ La preuve du détournement de pouvoir – donc l'illégalité de la décision attaquée – ne peut résulter d'autre chose que de l'intime conviction du juge.

⁸³⁶ Ch. Debbasch, *La charge de la preuve devant le juge administratif*, D. 1983, chron., p. 43, précité.

⁸³⁷ B. Pacteau, *Preuve*, précité.

⁸³⁸ Voir dans ce sens pour les cas de détournement de pouvoir cités notamment dans le G.A.J.A n° 4 dans les notes sous l'arrêt *Pariset* du Conseil d'État en date du 26 novembre 1875 (Rec., p. 934) : CE, 23 juillet 1909, *Fabrègue*, Rec., p. 727 ; S. 1911. III^{ème} partie p. 121, note Hauriou : suspension pendant dix mois et sans interruption d'un garde champêtre par dix arrêtés municipaux successifs destinés à assouvir la vengeance du maire ; CE, 26 octobre 1960, *Rioux*, Rec., p. 558, concl. Chardeau : licenciement d'un agent sous prétexte d'insuffisance professionnelle mais en réalité pour motifs politiques ; CE, 25 mai 1998, *Fédération française d'haltérophilie, musculation et disciplines associées*, J.C.P 1999, II. 10001, note Lapouble : refus de désigner un athlète parmi la sélection devant participer à un championnat, pour sanctionner ses déclarations publiques sur le comportement d'un dirigeant de la fédération ; CE, Sect., 25 janvier 1991, *Brasseur*, Rec., p. 23, concl. Stirn : restriction de l'activité des marchands forains et ambulants pour protéger les commerçants de la localité.

B. Le caractère inquisitorial de la procédure administrative contentieuse

Une distinction classique oppose la procédure administrative contentieuse de type inquisitoire (inquisitorial) à la procédure civile (judiciaire) de type accusatoire. Dans la première, l'instruction est dirigée par le juge⁸³⁹ et par lui « seul »⁸⁴⁰ et « *en aucun cas, le requérant ne peut (le) contraindre à prendre une mesure d'instruction en vue d'assurer la vérification de ses propres allégations, soit de celle de l'autorité administrative* »⁸⁴¹. Dans la seconde, le procès est conçu comme l'affaire des parties, et le juge se limite à arbitrer le débat qui se déroule entre elles devant lui.

Ce trait distinctif⁸⁴² de la procédure administrative contentieuse s'est révélé, en quelque sorte, comme une évidence, après la création d'une justice administrative séparée de la justice de droit commun (justice judiciaire). En effet, « *telle qu'elle est organisée, la justice administrative n'est autre chose que la justice de l'administration ; sa procédure est appropriée au but poursuivi et dérive du même esprit* »⁸⁴³. Il était donc inconcevable d'imaginer son organisation à l'image de celle de la justice ordinaire, car il y aurait forcément, dans ce cas, confusion de la fonction juridictionnelle –deux juges distincts que tout oppose, mais appliquant des règles communes –, et ferait perdre par là-même sa raison d'être à la juridiction administrative. Ainsi, si une juridiction spéciale a été créée pour juger l'administration, en appliquant par là-même des règles dérogatoires au droit commun, exigées par la nécessité d'une marche régulière des services publics, il était évident que cette juridiction adopterait ses propres règles : des règles différentes, plus rapides et plus simples que celles de la procédure de droit commun⁸⁴⁴.

⁸³⁹ CE, 1^{er} juillet 1959, *Caisse régionale de sécurité sociale de Normandie*, Rec., p. 418 ; CE, Sect., 25 juillet 1975, *Ville de Lourdes*, Rec., p. 445 ; CE, Ass., 6 novembre 2002, *Moon Sun Myung*, A.J.D.A. 2002, p. 1337 ; CE, 30 juillet 2003, R..., A.J.D.A. 2003, p. 210, concl. C Maugué : mentionnant l'exercice par le juge de « *pouvoirs généraux de direction de l'instruction* » ; CE, 19 novembre 2008, *Yvon X.*, Req., n° 309307 ; CE, 29 mars 2010, *Christian X.*, Req., n° 307094 ; CE, 23 décembre 2010, *Sté Havin Participation*, Req., n° 33482 : « *conformément au principe selon lequel, devant les juridictions administratives, le juge dirige l'instruction* ».

⁸⁴⁰ CE, 4 juillet 1962, *Paisnel*, Rec., p. 1077 ; CE, 16 février 1966, *Echernier*, Rec., p. 112 ; CE, 7 octobre 1983, *Mlle Limoge*, Rec., p. 403 ; CE, 27 novembre 1985, *Soc. Paris de matériaux enrobés*, D.A. 1986, n° 52 ; CE, 23 décembre 2011, *Sté Paris Tennis*, Req., n° 346861. Voir également dans ce sens, R. Chapus, *Contentieux administratif*, précité, n° 958.

⁸⁴¹ R. Chapus, note sous, CE, 21 décembre 1960, *Serra et Vicat-Blanc*, D. 1961, J. p. 426.

⁸⁴² Mais si depuis la réforme du décret du 13 octobre 1965 relatif à la procédure civile, les deux procédures tendent à se rapprocher quant au caractère inquisitoire ; il n'en demeure pas moins qu'elles restent assez différentes.

⁸⁴³ R. Jacquelin, *L'évolution de la procédure administrative*, R.D.P. 1903, p. 403.

⁸⁴⁴ Voir dans ce sens, R. Jacquelin, *L'évolution de la procédure administrative*, précité, p. 379.

Reflète encore visible des origines de la juridiction administrative⁸⁴⁵, le caractère inquisitorial de la procédure administrative contentieuse apparaît dès l'introduction de l'instance, puisque celle-ci est engagée par une requête en demande adressée au juge (art. 411-1 CJA), et non pas directement au défendeur (l'administration), comme cela se pratique en principe en matière civile, en faisant assignation à ce dernier de se présenter devant le juge (art. 54 Code de procédure civile). Le défendeur est ainsi mis en cause non pas par le requérant-demandeur, mais par le juge, et la requête en défense qu'il présente est également adressée au juge⁸⁴⁶. Si, en principe, le requérant n'a aucune formalité à accomplir après le dépôt de sa requête, ce qui est incontestablement sécurisant pour lui dans une instance juridictionnelle, le caractère inquisitorial de la procédure administrative contentieuse a néanmoins l'inconvénient de lui faire perdre la maîtrise de la procédure qu'il a engagée⁸⁴⁷. En effet, immédiatement après son enregistrement au greffe, la requête introductive d'instance échappe, en quelque sorte, au requérant. Celui-ci ne peut plus prendre aucune initiative⁸⁴⁸. C'est le juge qui, sous réserve du respect du principe du contradictoire⁸⁴⁹, dirige à son gré la procédure juridictionnelle⁸⁵⁰ et dispose à cet égard de pouvoirs quasi illimités⁸⁵¹, soit pour fixer ou proroger les délais accordés aux parties pour produire leurs mémoires⁸⁵², soit pour demander toutes pièces ou documents⁸⁵³ utiles à la solution du litige⁸⁵⁴, soit pour ordonner telle ou telle mesure d'instruction⁸⁵⁵, soit enfin pour adresser une mise en demeure (art.612-3) à la partie qui n'a pas respecté le délai lui ayant été imparti pour produire un mémoire.

⁸⁴⁵ Une juridiction issue de l'administration et dont elle a conservé ses prérogatives d'autorité hiérarchique après sa séparation. Voir dans ce sens, R. Denoix De Saint Marc, D. Labetoulle, *Les pouvoirs d'instruction du juge administratif*, E.D.C.E, 1970, p.69.

⁸⁴⁶ M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, précité, pp. 496-497.

⁸⁴⁷ B. Odent. D. Truchet, *La justice administrative*, PUF, 2^{ème} édition 2008, p. 71.

⁸⁴⁸ R. Odent, *Contentieux administratif*, T. I, Réédition Dalloz 2007, précité, p. 715. Le Professeur Chapus quant à lui invoque la possibilité pour les parties de demander des mesures d'instruction, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 958.

⁸⁴⁹ En vertu duquel « aucune juridiction administrative ne peut statuer en tenant compte de pièces que l'une des parties en cause n'aurait pas eu la possibilité de consulter », R. Odent, *De la décision Trompier-Gravier, à la décision Garygas, réflexions sur une évolution de jurisprudence*, E.D.CE 1962, p. 43, cité par R. Denoix De Saint Marc, D. Labetoulle, *Les pouvoirs d'instruction du juge administratif*, précité.

⁸⁵⁰ La procédure juridictionnelle est à distinguer de la simple mesure d'administration de la justice, telle que la répartition des affaires entre les formations d'une juridiction, le choix de la formation du jugement au sein de la juridiction, la désignation d'un rapporteur ; même si les frontières entre les deux est loin d'être évidente. Voir dans ce sens, J.-C. Ricci, *Contentieux administratif*, Hachette, 4^{ème} édition 2014, n°253.

⁸⁵¹ R. Jacquellin, *L'évolution de la procédure administrative*, R.D.P, 1903, précité, p. 390.

⁸⁵² Art. R. 611-10 CJA.

⁸⁵³ Voir dans ce sens : CE, Sect., 1^{er} mai 1936, *Couespel du Mesnil*, Rec., p. 485.

⁸⁵⁴ Art. R. 611-10 CJA pour les tribunaux administratifs, R. 611-17 CJA s'agissant des cours administratives d'appel, R. 611-20 et R. 611-27 CJA pour le Conseil d'État.

⁸⁵⁵ Voir pour les différents moyens d'investigation le titre II du livre VI (article R. 621-1 et suivants) du Code de la justice administrative. Exemple : le juge peut ordonner une expertise, la visite des lieux, une enquête, la vérification d'écritures ...etc.

Ce délai est impératif⁸⁵⁶, et le juge se montre très strict quant à son respect. Ainsi, le demandeur qui, malgré la mise en demeure lui ayant été adressée, n'a pas produit le mémoire complémentaire dont il avait expressément annoncé l'envoi ou, dans les cas mentionnés au second alinéa de l'article R. 611-6, n'a pas rétabli le dossier, est réputé s'être désisté (R. 612-5 CJA), alors même que son mémoire a été produit avant la clôture de l'instruction⁸⁵⁷. Il s'agit là de clarifier la prétention du requérant, et en cas de carence de celui-ci de provoquer son « désistement d'office », dont l'usage « *s'avère une arme très efficace* »⁸⁵⁸.

S'agissant de la partie défenderesse (l'administration), si, malgré une mise en demeure, elle n'a pas obtempéré, en ne produisant aucun mémoire, elle est réputée avoir acquiescé aux faits exposés dans les mémoires du requérant (R.612-6 CJA)⁸⁵⁹ ou encore aux motifs par lui allégués⁸⁶⁰.

Le rôle directeur du juge dans la procédure administrative contentieuse se manifeste également dans la fixation du cadre temporel de l'instance⁸⁶¹. Ainsi, le juge peut, lorsque les circonstances de l'affaire le justifient, soumettre certains litiges à une instruction accélérée, en ce que, dès l'enregistrement de la requête, le président de la formation de jugement peut faire usage du pouvoir, prévu au premier alinéa de l'article R.613-1, de fixer par ordonnance la date à laquelle l'instruction sera close⁸⁶²; cette ordonnance n'a pas à être motivée, et ne peut faire l'objet d'aucun recours⁸⁶³. Jugée conforme aux stipulations de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et au principe du respect des droits de la défense, l'instruction accélérée permet au juge de prendre des mesures nécessaires au bon fonctionnement du service public de la justice, notamment lorsque les circonstances de

⁸⁵⁶ Sous réserve de laisser un temps suffisant, le juge est libre de fixer les délais pour les parties de produire leurs mémoires.

⁸⁵⁷ CE, 19 novembre 1993, *Sté Le Noroit*, Rec., p. 326. En revanche, le requérant ayant produit un mémoire complémentaire dans le délai imparti suffit à faire obstacle au désistement d'office et ce, quel que soit le contenu de ce mémoire. Voir dans ce sens : CE, 9 juillet 1997, Req., n°179047, *Sté Simecsol*, *Gaz. Pal.*, 30 décembre 1997, lettre jurispr., p.5.

⁸⁵⁸ R. Denoix De Saint Marc, D. Labetoulle, *Les pouvoirs d'instruction du juge administratif*, précité, p. 72.

⁸⁵⁹ CE, 14 octobre 1960, *Secrétaire d'État à la reconstruction et au logement c/consorts Huve*, Rec., p. 542 ; CE, 9 octobre 1968, *Mlle Gros*, Rec., p. 482.

⁸⁶⁰ CE, 7 juin 1967, Req., n° 66752, *Ministre de l'Education nationale*.

⁸⁶¹ Termes utilisés par R. Denoix De Saint Marc et D. Labetoulle, in *Les pouvoirs d'instruction du juge administratif*, précité, p. 70.

⁸⁶² Art. R. 611-11 CJA.

⁸⁶³ Art. R. 613-1 CJA.

l'affaire le commandent ou dans le cadre de procédures adaptées à la nature des demandes et à la nécessité d'assurer une décision rapide⁸⁶⁴.

On peut citer deux affaires anciennes dans lesquelles le Conseil d'État a eu recours à une procédure accélérée. La première est l'affaire *Barel* (CE, 28 mai 1954, Rec., p. 412), instruite et jugée en moins d'une année judiciaire. Le 19 mars 1954, la section du contentieux demanda au Secrétaire d'État à la Présidence du Conseil de produire dans un délai de huit jours les dossiers constitués en vue de la candidature à l'ENA de chacun des requérants. Deux mois plus tard, le 19 mai, elle précisa la nature exacte des pièces dont elle demandait communication et donna au ministre un délai de quatre jours pour ce faire. Enfin, le 28 mai, l'Assemblée plénière du contentieux statua, et sa décision rendit le même jour. La seconde est l'affaire dite des « équivalences des diplômes universitaire » délivrées par les établissements privés. Il s'est agi de trois requêtes enregistrées respectivement le 16 mai, le 27 mai et le 5 juin 1969. Dès le 13 juin, la sous-section examina les affaires, et les décisions furent rendues le 25 juin (C.E., 25 juin 1969, *Syndicat autonome du personnel enseignant des facultés de droit et sciences économiques de l'État*, Rec., p.335)⁸⁶⁵.

Enfin, lorsqu'il apparaît, au vu de la requête, que la solution de l'affaire est d'ores et déjà certaine, le juge peut décider qu'il n'y a pas lieu d'instruire⁸⁶⁶. Il s'agit là d'une procédure expéditive, qui permet de désencombrer le prétoire, et les parties ne sont pas informées, préalablement à l'audience, de la dispense d'instruction⁸⁶⁷, laquelle n'est d'ailleurs assortie d'aucune formalité particulière⁸⁶⁸. Ainsi, à titre d'exemple, il n'y a pas lieu à instruction d'une requête entachée d'une irrecevabilité évidente⁸⁶⁹ insusceptible d'être régularisée, lorsque le juge est tenu d'inviter son auteur à la régulariser, ou lorsque la requête n'a pas été régularisée à l'expiration du délai imparti par une demande en ce sens. Il n'y a pas lieu, non plus, à instruction lorsqu'il s'agit d'une requête soumettant au juge une question

⁸⁶⁴ CE, 29 juillet 1998, *Syndicat des avocats de France*, Rec., p. 313 ; *A.J.D.A.* 1998, p. 1010, concl., R. Schwartz.

⁸⁶⁵ Nous avons emprunté le récit des deux affaires à R. Denoix De Saint Marc et D. Labetoulle, article précité.

⁸⁶⁶ Art. R. 611-8 CJA. Cet article reprend les dispositions de l'article 9 de la loi du 22 juillet 1889 en ce qui concerne les tribunaux administratifs et de celle de l'article 52 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 pour le Conseil d'État. Voir dans ce sens : R. Denoix De Saint Marc, D. Labetoulle, *Les pouvoirs d'instruction du juge administratif*, *E.D.C.E.*, 1970, p. 70.

⁸⁶⁷ CE, 29 juillet 1983, *M. Meallier*, Rec., p. 823.

⁸⁶⁸ CE, 29 décembre 1995, *M. Gendre*, Rec., p. 974.

⁸⁶⁹ CE, 30 juillet 1949, *Durel*, Rec., p.417.

qu'il a déjà tranchée par une décision ayant autorité de la chose jugée⁸⁷⁰, ou encore lorsque le juge est manifestement incompétent pour statuer sur les conclusions dont il est saisi⁸⁷¹. L'absence d'information préalable des parties de la dispense d'instruction ne porte pas atteinte au droit à un procès équitable reconnu par les stipulations de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme⁸⁷². Et le juge peut même décider, sans méconnaître les règles générales de procédure applicables devant lui, de ne pas différer le jugement de l'affaire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la demande d'aide juridictionnelle formée par le requérant, et de statuer sur cette dernière par une ordonnance prévue par les articles R. 122-12⁸⁷³ et R. 222-1⁸⁷⁴ du Code de la justice administrative⁸⁷⁵.

⁸⁷⁰ CE, 29 novembre 2006, Req., n°273877, *Marseille* : demande d'expertise faisant suite à un jugement ayant autorité de la chose jugée.

⁸⁷¹ CE, 12 février 1954, *Dame Lacoste*, *Rec.*, p. 98 ; CAA Nancy, 20 juillet 1995, req. n° 94NC011759, *Aubry*.

⁸⁷² CAA Lyon, 27 décembre 2001, req., n° 01LY01960, *M. Albert Bertin*.

⁸⁷³ Ordonnance prise au Conseil d'État par le président de la section du contentieux ou un président de sous-section.

⁸⁷⁴ Dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, par le président de la juridiction (ou, à Paris, le vice-président) ou par le président d'une formation de jugement.

⁸⁷⁵ Voir dans ce sens, V. Haïm, *Instruction, Répertoire de contentieux administratif*, octobre 2016.

Section 2.

Mise en œuvre de l'intervention du juge en faveur du requérant

Afin de garantir au requérant un droit d'accès facile au contrôle juridictionnel, le juge de l'excès de pouvoir n'hésite pas à lui atténuer les exigences du formalisme procédural auxquelles est soumis le litige administratif. De même, afin de lui permettre de corriger ses erreurs et de redresser les causes de l'irrégularité qu'il y aurait éventuellement dans l'introduction de la requête, le juge a le pouvoir, qui devient ensuite un devoir, d'inviter le requérant à régulariser, si besoin, son recours. Par ailleurs, et toujours dans le cadre d'une démarche bienveillante à l'égard du requérant, le juge n'hésite pas à donner, si nécessaire, une interprétation favorable au requérant de la demande dont il est saisi⁸⁷⁶. Ce faisant, le juge sort « *de sa réserve naturelle d'arbitre* »⁸⁷⁷ et devient un véritable collaborateur d'un requérant souvent ignorant ou peu expérimenté.

⁸⁷⁶ R. Odent, *Le destin des fins de non-recevoir*, précité, p. 661.

⁸⁷⁷ *Idem*, p. 653.

A. L'assouplissement du caractère d'ordre public des fins de non-recevoir de la demande en annulation : collaboration du juge avec le requérant

Au-delà de la question de la compétence juridictionnelle, qui veut que le litige soit porté devant la juridiction compétente⁸⁷⁸, l'accès au juge administratif est soumis à plusieurs règles (conditions) formelles et de fond, dont le non-respect rendrait le recours sans objet et irrecevable. Ces règles sont d'ordre public, en ce qu'elles sont invocables par les parties et opposables par le juge à tout moment de la procédure⁸⁷⁹. Et quiconque méconnaît ces règles « *se disqualifie* »⁸⁸⁰ et verra sa demande rejetée sans que le juge examine le bien-fondé de sa demande. Il est donc de l'intérêt du requérant d'être vigilant dès l'introduction de son recours, s'il veut éviter les pièges⁸⁸¹ de la fin de non-recevoir. Cependant, « *pour fermement consacré qu'il soit par une jurisprudence abondante et constante, ce principe n'a pas de caractère absolu* »⁸⁸², s'il est applicable dans une très large mesure, sa rigueur reste souvent atténuée par les différentes initiatives du juge en faveur du requérant dans l'examen de la requête introductive d'instance.

Deux pratiques, au moins, illustrent cette démarche bienveillante du juge en faveur du requérant dans l'examen de la recevabilité de sa requête : la régularisation de la requête, l'interprétation de la demande du requérant. Le juge n'hésite pas, en effet, à venir au secours du requérant inexpérimenté, pour lui éviter les obstacles de la fin de non-recevoir qui vraisemblablement l'auraient fait succomber

⁸⁷⁸ Le litige administratif doit être porté devant la juridiction administrative.

⁸⁷⁹ Voir dans ce sens, R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n°515.

⁸⁸⁰ R. Odent, *Le destin des fins de non-recevoir*, précité, p. 653.

⁸⁸¹ Terme utilisé par le Président Odent, *Le destin des fins de non-recevoir*, précité, p. 653.

⁸⁸² R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n°515.

1. L'invitation à régulariser, si besoin, le recours ou « le devoir d'assistance »⁸⁸³ dans l'instance juridictionnelle

À titre liminaire, il importe de souligner qu'ont été laissées en dehors de notre champ d'investigation la question de régularisation effectuée par le requérant lui-même ainsi que celle des irrecevabilités opposées par le défendeur (l'administration).

L'invitation à régulariser⁸⁸⁴ est une illustration parfaite du rôle actif⁸⁸⁵ que s'attribue le juge administratif dans l'examen de la recevabilité d'une demande en annulation. Celui-ci n'hésite pas, en effet, lorsque la requête dont il est saisi ne satisfait pas aux conditions de recevabilité, à venir au secours du requérant en lui offrant la possibilité de corriger son erreur et de redresser la cause de l'irrégularité entachant sa demande, « *en adaptant, en simplifiant, quelquefois même en supprimant des formalités procédurales* »⁸⁸⁶ à cause desquelles il aurait éventuellement succombé.

Concrètement, saisi dans les limites de sa compétence, le juge va intervenir activement dans le déroulement de l'instance pour acheminer une demande, mal formulée et initialement irrecevable, vers son examen, afin de « *sauvegarder, autant que possible, les chances d'un règlement au fond du litige, –et cela en invitant la partie intéressée à faire ce qu'il faut pour éviter que sa demande soit, pour des motifs tenant à la procédure, rejetée comme irrecevable* »⁸⁸⁷.

Il s'agit là d'un aspect particulièrement remarquable de la procédure contentieuse administrative de type inquisitoriale, qui accorde de larges pouvoirs au juge dans la limite de l'objet de la demande dont il est saisi. Décrite comme d'« usage »⁸⁸⁸ « officieux »⁸⁸⁹ ou encore comme « une faveur »⁸⁹⁰ accordée par le juge à des requérants (souvent des personnes

⁸⁸³ Terme utilisé par C. Broyelle, *Contentieux administratif*, L.G.D.J., 3^{ème} édition 2015, n° 156.

⁸⁸⁴ La régularisation « doit s'entendre comme un mécanisme procédural qui permet à un requérant, spontanément ou non, de corriger un vice qui entache la recevabilité de sa requête lors du dépôt de celle-ci », J.-P. Pietri, « La régularisation des requêtes devant le juge administratif », in, *Gouverner, administrer, juger. Mélanges en l'honneur de Jean Waline*, Dalloz 2002, p. 695.

⁸⁸⁵ Voir dans ce sens : R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, 12^{ème} édition, n° 533 ; C. Broyelle, *Contentieux administratif*, L.G.D.J 3^{ème} édition 2015, n° 156 : « Le juge exerce également en la matière un rôle actif : il est tenu d'inviter le requérant à effectuer les régularisations ».

⁸⁸⁶ R. Odent, *Le destin des fins de non-recevoir*, précité, p. 653-654.

⁸⁸⁷ R. Chapus, *L'administration et son juge*, PUF 1999, p. 327.

⁸⁸⁸ G. Dufour, *Traité général de droit administratif appliqué*, 3^{ème} édition, T. 2, Librairie du Conseil d'État, 1868, p. 319.

⁸⁸⁹ J. Massot, *Requête*, in *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz 2007, étude reprise par P. Fombeur.

⁸⁹⁰ T. Einaudi, *L'obligation d'informer dans le procès administratif*, L.G.D.J., 2002, p. 231.

privées) inexpérimentés, distraits ou encore mal informés, le procédé de l'invitation à régulariser a été ajouté par le Conseil d'État, dans un arrêt de principe, aux « *obligations qui s'imposent à la juridiction administrative dans la conduite des affaires dont elle est saisie* »⁸⁹¹. Aujourd'hui reprise d'une façon explicite par le premier alinéa de l'article R. 612-1 du Code de la justice administrative⁸⁹², l'invitation à régulariser se présente comme une condition préalable à tout jugement d'office d'irrecevabilité⁸⁹³, en ce sens que, lorsqu'il est saisi de conclusions entachées d'une irrecevabilité susceptible d'être couverte en cours d'instance, le juge ne pourra les rejeter, en opposant d'office une fin de non-recevoir qu'après avoir invité le requérant à les régulariser et qu'après lui avoir accordé un délai raisonnable pour le faire⁸⁹⁴.

Ce « *devoir d'assistance* »⁸⁹⁵, qui incombe au juge, a un champ d'application bien défini. Il ne concerne pas en effet toutes les irrecevabilités, lesquelles sont variées et d'inégale importance, mais seulement celles qui sont susceptibles d'être couvertes en cours d'instance. Autrement dit, pour qu'une régularisation puisse être envisagée, encore faut-il que les irrecevabilités entachant la requête soient régularisables. C'est ainsi que certaines irrecevabilités, en raison de leur nature et de leur gravité, ne sauraient donner lieu à aucune régularisation, et s'opposent par là même à toute initiative du juge en la matière ; leur « *existence est structurellement hors de discussion* », disait le Président Odent⁸⁹⁶. Il en est ainsi, par exemple, du recours formé en dehors du délai contentieux⁸⁹⁷ ou de celui formé contre un acte insusceptible de recours⁸⁹⁸, de la méconnaissance de l'obligation d'exercer un

⁸⁹¹ CE, Sect., 26 juin 1959, *Syndicat algérien de l'éducation surveillée CFTC*, Rec., p. 399, Concl., J. Fournier ; A.J.D.A 1959. I. p. 157, chron., M. Combarrous et J.-M. Galabert ; CE, 29 juin 1990, *Association audoise et médicale*, Rec., p. 651 ; CE, Sect., 27 janvier 1989, *Chrun*, Rec., p. 37 ; CE, 5 juillet 1993, *Clément*, Rec., p. 948 ; CE, 1er juin 1994 *Marangoni*, Rec., p. 280 ; CE, 17 mars 1995, *Touati*, Rec., p. 981.

⁸⁹² « *Lorsque des conclusions sont entachées d'une irrecevabilité susceptible d'être couverte après l'expiration du délai de recours, la juridiction ne peut les rejeter en relevant d'office cette irrecevabilité qu'après avoir invité leur auteur à les régulariser* ».

⁸⁹³ Rappelant que cette invitation à régulariser pèse sur le juge uniquement lorsque celui-ci envisage d'opposer d'office une fin de non-recevoir et non pas lorsque l'irrecevabilité a été expressément invoquée en défense. Voir dans ce sens : CE, 28 avril 1997, *Association des commerçants non sédentaires de Corbeil-Essonnes*, Rec., p. 169 ; D. 1998, p. 136, note V. Haïm.

⁸⁹⁴ Un délai, qui, sauf urgence, ne peut être inférieur à quinze jours, selon l'article R. 612-1 du Code de la justice administrative.

⁸⁹⁵ Terme utilisé par C. Broyelle, *Contentieux administratif*, précité, n° 156.

⁸⁹⁶ R. odent, *Le destin des fins de non-recevoir*, précité, p. 654.

⁸⁹⁷ CE, 5 février 1982, *Société Mercantile Oltremare*, Rec., p. 50 ; CE, 26 juin 1990, *Association audoise sociale et médicale*, Rec., p. 651.

⁸⁹⁸ Tel est par exemple le cas d'un recours dirigé contre une mesure préparatoire (CE, 6 mai 1981, *Cofradep*, Rec., p. 206 ; CE, Sect., 7 janvier 1994, *Roth*, Rec., p. 5) ; le recours dirigé contre une mesure non décisive (CE, Sect., 18 mars 1977, *Dame Meaux*, A.J.D.A 1977, p. 546 ; CE, 8 juin 1988, *Gradone*, Rec., p. 231) ; le recours

recours administratif préalable instituant un préliminaire de conciliation⁸⁹⁹ ou encore du manquement à une obligation de notifier le recours (administratif ou contentieux) en matière d'urbanisme (article R. 600-1 Code de l'urbanisme)⁹⁰⁰. Toutes ces irrecevabilités sont irrémédiables et ne peuvent donc être corrigées, et ce quelle que soit « *la générosité* »⁹⁰¹ du juge administratif en la matière. Et c'est parce qu'elles sont irrémédiables qu'elles peuvent même être rejetées par la pratique simplifiée des ordonnances prévues aux articles R. 222-1 et R. 612-1 du code de la justice administrative⁹⁰², c'est-à-dire sans la tenue d'une audience préalable ni conclusions du rapporteur public⁹⁰³. Envisager une régularisation dans ces cas, notamment en matière de délai imparti pour former un recours contentieux, « *serait renoncer à l'existence même du délai de recours* »⁹⁰⁴, et par là même porter une atteinte grave au principe de sécurité juridique : il n'y aurait plus de droit acquis ; l'administration verrait, sans cesse, son action paralysée ; et les tiers leurs droits remis en cause par des recours formés à tout instant.

À l'exception de ces hypothèses, qui expriment en termes de procédure une exigence fondamentale de nos conceptions juridiques, pour ainsi reprendre les termes du Président Odent⁹⁰⁵, le juge est tenu à son devoir d'assistance, lorsqu'il envisage d'opposer d'office une fin de non-recevoir à des irrecevabilités susceptibles d'être couvertes en cours d'instance⁹⁰⁶.

dirigé contre la lettre du Médiateur de la République rappelant aux requérants qu'il avait procédé à la clôture de leur dossier (CE, 18 octobre 2006, *Epoux Miller*, Rec., n° 277597, Rec., p. 430).

⁸⁹⁹ Voir par exemple dans ce sens : CE, 26 avril 1976, *X...*, Rec., p. 206 ; CE, 6 mai 1977, *Garrigues*, Rec., p. 208 ; CE, 9 décembre 1991, *Snoy*, Rec., p. 423 ; CE, 13 mai 1992, *Epoux Bondil*, Rec., p. 192 ; CE, 9 avril 1996, *Ragot*, GP 1996, *Pan. dr. adm.*, p. 127.

⁹⁰⁰ S'agissant, cependant, du manquement à l'obligation de notification, prévue à l'article R. 600-1 du code de l'urbanisme, le Conseil d'État précise que le juge ne pourra pas rejeter une requête sans avoir préalablement invité le requérant à justifier de l'accomplissement des formalités requises par cette disposition. Voir dans ce sens : CE, Sect., Avis, 6 mai 1996, *Andersen*, Rec., p. 150, *A.J.D.A* 1996, p. 513, chron. de juris. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; *LPA* 16/10/1996, n°125, p. 12, note B. Pacteau.

⁹⁰¹ B. Pacteau, *Contentieux administratif*, 7^{ème} édition, PUF, 2005, précité, p. 224.

⁹⁰² Une pratique qui, selon le Conseil d'État, ne méconnaissait pas les principes du droit au recours et du caractère contradictoire de la procédure et ne portait atteinte ni aux stipulations des articles 6§1 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni à celles des articles 2-3 et 14-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ni, en tout état de cause, à celles de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, CE, 30 juillet 2003 *M. Bow* et autres, Req., n° 247376, 248089 et 251088.

⁹⁰³ Toutefois, si ces dispositions (celles de l'article R. 222-1) permettent au juge de rejeter par ordonnance, dès l'expiration du délai imparti par la demande de régularisation, une requête manifestement irrecevable lorsqu'elle n'a pas été régularisée, elles n'ont pas pour effet de faire obstacle, dès lors que l'irrecevabilité reste susceptible d'être couverte en cours d'instance, à ce que le requérant régularise sa requête en procédant, avant que le juge n'ait statué, aux formalités nécessaires (CAA Versailles, 25 mai 2010, *M. Meddour* n° 09VE01344, *A.J.D.A* 2010, p. 2014).

⁹⁰⁴ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 519.

⁹⁰⁵ *Le destin des fins de non-recevoir*, précité.

⁹⁰⁶ En ce qui concerne les modalités de l'invitation à régulariser : celle-ci doit être suffisamment précise (explicite) ; elle est adressée par lettre recommandée avec accusé de réception (CE, 14 novembre 2011, *Alloune*,

Ainsi, à titre d'exemple, pèse sur le juge l'obligation d'inviter à régulariser l'irrecevabilité tirée de la méconnaissance de la production de copies de la requête en nombre égal à celui des autres parties, augmenté des deux prévues par l'article R. 411-3 du Code de justice administrative⁹⁰⁷ ou de la signature de celle-ci⁹⁰⁸, celle tirée du défaut de production de la décision attaquée⁹⁰⁹ ou d'un jugement⁹¹⁰, celle tirée de la non-rédaction du recours en langue française⁹¹¹, du défaut de qualité à agir⁹¹². Il est naturel et juridiquement nécessaire que, dans ces hypothèses, la théorie des fins de non-recevoir cesse de produire automatiquement ses effets.

Toutes ces irrecevabilités doivent, avant tout jugement d'office d'irrecevabilité, faire d'objet d'une invitation à régulariser de la part du juge. Celui-ci doit susciter la réaction du requérant au sujet des irrecevabilités susceptibles d'être corrigées en cours d'instance, avant tout jugement d'office d'irrecevabilité. Il s'agit là « *d'un procédé contentieux équitable et efficace qui protège largement les droits procéduraux des justiciables dans le respect du caractère d'ordre public des règles de recevabilité* »⁹¹³ en leurs accordant une seconde chance⁹¹⁴, un « *certain droit à l'erreur* »⁹¹⁵ dans leur façon de procéder.

Cependant, ce « droit à l'erreur »⁹¹⁶ ne signifie pas la recevabilité implicite de la demande du requérant, et ne fait aucunement perdre leur caractère d'ordre public aux règles de recevabilité des recours. En effet, et comme l'a justement rappelé le professeur Debouy dans sa thèse sur *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*,

n° 334764) et doit, en application de l'article R. 612-1 du Code de la justice administrative, mentionner qu'à défaut de régularisation, les conclusions pourront être rejetées comme irrecevables dès l'expiration du délai imparti qui, sauf urgence, ne peut être inférieur à quinze jours.

⁹⁰⁷ CE, 30 novembre 2005, *Ministre des affaires sociales, du Travail et de Solidarité, c/ SARL Amazonie*, req., n° 261597.

⁹⁰⁸ CE, 13 octobre 1982, *Mme Rabin*, *Gaz. Pal.*, 1983, som., p. 156 ; CE, 18 décembre 1987, *Abbate*, *Rec.*, p. 879 ; CE, 15 mai 2002, *Y. Heba*, *Req.* n°219239.

⁹⁰⁹ CE, Sect., 11 février 1966, *Denis*, *Rec.*, p. 104 ; CE., Ass., 8 février 1974, *Commune de Montory et autres*, *Rec.*, p. 93 ; CE, 17 mars 1995, *Touati*, *Rec.*, p. 981.

⁹¹⁰ CE, 29 mars 2000, *SARL Sopodif*, *D.A.* 2000, n°142, concernant le défaut de production d'un jugement de renvoi.

⁹¹¹ CE, 18 octobre 2000, *Société Max-Planck-Gesellschaft*, *Rec.*, p. 432.

⁹¹² CE, Sect., 23 janvier 1959, *Commune d'Huez*, *Rec.*, p. 67 ; CE, 30 novembre 1994, *Commune de Poligny*, *Rec.*, p. 1118.

⁹¹³ A. Claeys, *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, précité, p. 359.

⁹¹⁴ La possibilité de régulariser une requête est ici une atténuation de la règle selon laquelle la recevabilité des recours s'apprécie à la date de leur formation. Voir dans ce sens, CE, 5 octobre 1977, *Secrétaire d'État à la culture c./Soc. Elido World Corporation*, *A.J.D.A.* 1978, p. 106 : « *Considérant que la recevabilité d'un pourvoi, et notamment l'intérêt pour agir qui est une des conditions de cette recevabilité, devant s'apprécier au moment où le dit pourvoi est introduit...* ».

⁹¹⁵ Ch. Debouy, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, PUF 1980, p. 361.

⁹¹⁶ *Idem*, p. 361.

« l'irrecevabilité demeure d'ordre public, seulement, ce caractère ne pourra déployer ses effets que lorsque la demande de régularisation, quand elle est possible, n'a pas été suivie d'effets »⁹¹⁷.

Il est donc de l'intérêt du requérant d'être suffisamment réactif à la demande du juge. Il doit saisir cette seconde chance qui lui est accordée par le juge et régulariser au plus vite sa demande dans les délais qui lui sont impartis ; faute de quoi, le caractère d'ordre public des règles de recevabilité retrouverait toute sa rigueur aussitôt écoulé le délai imparti par le juge. En d'autres termes, le juge pourra⁹¹⁸ opposer au justiciable une fin de non-recevoir à compter de l'expiration du délai imparti par la demande de régularisation⁹¹⁹.

Une fin de non-recevoir ne pourra, d'ailleurs, pas être couverte par une éventuelle régularisation en appel⁹²⁰ ; à moins que le juge d'appel ne soit saisi par la voie de l'évocation⁹²¹ : dans cette hypothèse, le juge d'appel est tenu d'inviter le requérant à régulariser sa requête, lorsque celle-ci conserve un vice d'irrecevabilité régularisable⁹²².

Il est donc naturel qu'à ce rôle directeur du juge s'adjoigne un certain devoir d'assistance afin de garantir au mieux l'accès du prétoire aux requérants et de mieux protéger leurs droits.

⁹¹⁷ Idem, p. 366.

⁹¹⁸ « Il s'agit bien d'une faculté, et non d'une conséquence mécanique du non-respect du délai imparti : la régularisation intervenue au-delà de celui-ci mais avant que le juge ait statué rend la requête recevable (CAA Versailles, 25 mai 2010, *Meddour*, n° 09VE01344, *J.C.P Adm.*, 2010. 2341, § 1, obs. B. Jarreau), P. Cassia, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 5^{ème} édition, n° 47.

⁹¹⁹ CE, 16 février 1994, *Territoire de la Nouvelle-Calédonie*, *Rec. T.* p. 1102 ; CE, 3 novembre 2014, *Département de la Seine-Maritime*, *Req.*, n° 372980, *Rec.*, t. 785, 807.

En revanche, le juge d'appel ne peut se fonder, pour rejeter une requête, sur une irrecevabilité régularisable de la demande de première instance qui n'a pas été soulevée par ou devant le tribunal administratif, sans avoir lui-même invité le demandeur à régulariser. Il en va ainsi, notamment, du défaut de qualité pour agir au nom d'une association (CE, Sect., 29 décembre 2000, *CPAM de Grenoble, de l'Ain, de Vienne et de Lyon c/ Robin*, *Rec.*, p. 671).

⁹²⁰ CE, 4 juillet 1997, *Association « Lei Riville Pastre »*, *Rec.*, p. 282.

⁹²¹ C'est-à-dire, lorsque le juge de première instance en s'estimant incompétent ou non valablement saisi refuse de statuer ou lorsqu'il statue, mais son jugement est entaché d'irrégularité.

⁹²² CE, 27 janvier 1995, *SCI du domaine de Tournon*, *Rec.*, p. 961. (Une délibération postérieure au jugement de première instance et produite devant le juge d'appel, dans le cadre de l'évocation, est de nature à régulariser le défaut de qualité pour agir au nom d'un groupement).

2. L'interprétation, si nécessaire, par le juge de la demande du requérant

Rappelons, d'abord, que l'introduction de la requête devant le juge administratif est soumise à une double exigence posée à l'article R. 411-1 du Code de justice administrative : elle doit contenir l'exposé des faits et moyens ainsi que l'énoncé des conclusions soumises au juge. Une requête ne contenant pas de conclusions⁹²³ ou des conclusions formulées d'une manière insuffisamment précise ne peut, en principe, qu'être rejetée⁹²⁴. L'obligation faite au requérant d'exposer des conclusions suffisamment précises est une règle fondamentale dans la procédure administrative contentieuse. En effet, ce sont les conclusions de la requête qui délimitent à la fois la nature du litige dans lequel s'insère le recours et l'étendue des pouvoirs du juge⁹²⁵ ; celui-ci doit se conformer et se cantonner dans les limites de ce qui lui a été demandé par le requérant⁹²⁶, puisqu'il ne peut pas statuer *infra* ou *ultra petita*⁹²⁷.

L'attitude imposée au juge est une application du principe de l'immutabilité du litige, qui lui interdit toute initiative à l'égard du contenu de la demande dont il est saisi⁹²⁸. Cela signifie que le juge doit statuer sur toutes les conclusions de la requête et rien que sur elles ; s'il agit autrement, il subira le reproche d'aller au-delà de ses pouvoirs, et « *le jugement qu'il rend sera vicié* »⁹²⁹. Cependant, lorsque le requérant, pour qui le ministère d'un avocat n'est pas obligatoire devant les juridictions du fond (première instance et appel)⁹³⁰, formule des conclusions maladroites ou imprécises, le juge a tendance à tempérer le contenu de cette règle et à faire preuve d'un certain libéralisme en la matière. Au même titre que l'invitation à

⁹²³ CE, Sect. 14 juin 1968, *Syndicat national des médecins des hôpitaux privés à but non lucratif*, req., n° 60870, Rec., p. 362. Dans cette affaire, l'intervention du syndicat ne tendait ni à l'annulation, ni au maintien de la décision attaquée mais se bornait seulement à s'en remettre à la sagesse du Conseil d'État.

⁹²⁴ CE, 19 février 1965, *Fédération des syndicats CFTC des travaux publics*, req. n° 59347, Rec., p. 123. Dans cette affaire, le syndicat requérant demandait l'annulation d'une circulaire du ministre des Travaux publics « *en tant qu'elle refuse l'exercice du droit de grève à l'ensemble de certaines catégories de personnels de l'administration centrale des services rattachés et des services extérieurs du ministère des Travaux publics* », mais sans désigner parmi les catégories de personnel visées par la circulaire attaquée celle pour l'ensemble desquelles les limitations à l'exercice du droit de grève seraient entachées d'illégalité.

⁹²⁵ Voir dans ce sens : Riboulet, conclusions sous CE, 26 juillet 1912, *Compagnie d'Orléans et du Midi c/ l'État*, Rec., p. 899 : « *C'est la demande des parties, qui, dans les limites des lois et règlements de droit public, fixe le terrain juridictionnel des litiges* » ; R. Odent, *Contentieux administratif*, t. 1, Réédition Dalloz, 2007, p. 917 : « *Ces conclusions délimitent le litige, la portée de la saisine du juge et l'étendue de ses pouvoirs puisque un juge ne peut jamais statuer au-delà de ce qui lui a été demandé* » ; G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, T.2 PUF, précité., p. 209.

⁹²⁶ Voir dans ce sens : H. Vizioz, *Etudes de procédures*, Bordeaux, Bière, 1956, p. 441.

⁹²⁷ CE, 8 août 1918, *Delacour*, Rec., p. 739, D. 1922.3. p. 62 : « *le juge ne peut statuer que sur les conclusions dont il est saisi par les parties en causes* ».

⁹²⁸ Voir dans ce sens : J.-P. Chaudet, *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse*, L.G.D.J., 1967, précité, p. 467 ; Ch. Debbasch, *L'interprétation par le juge de la demande des parties*, J.C.P 1982, I, précité, n° 3085.

⁹²⁹ J.-P. Chaudet, *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse*, précité, p. 467.

⁹³⁰ « *Sauf en matière de travaux publics* », décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016, art. 10-1^o et 35-I.

régulariser, le juge administratif s'autorise le pouvoir d'interpréter raisonnablement les conclusions maladroites de la requête dont il est saisi⁹³¹.

Ainsi, plutôt que de se tenir à la lettre d'une demande dont la rédaction est mal formulée, et à la condition qu'elle lui paraisse certaine, le juge s'intéresse au contenu même de celle-ci, à l'intention réelle du requérant, à l'objectif par lui poursuivi⁹³². Le juge s'attribue dans ce cas un rôle actif dans l'examen de la recevabilité de la requête et vient au secours d'un requérant, qui, dans la plupart des cas, ne maîtrise pas ou peu la technicité de la procédure contentieuse administrative ; il «*collabore, en quelque sorte, avec lui, de façon, non seulement à statuer selon ses intentions réelles, mais aussi à le sauver, autant que possible, de son inexpérience*»⁹³³, et donc à l'éclairer dans sa volonté⁹³⁴.

Dans sa démarche d'interprétation, le juge administratif s'appuie sur des éléments, tels que : l'argumentation de la demande⁹³⁵, les pièces du dossier⁹³⁶ ou les termes⁹³⁷ de la requête, ainsi que sur leur examen⁹³⁸, en les analysant afin d'appréhender avec précision la volonté réelle du requérant⁹³⁹.

Décrite comme une manifestation du caractère inquisitoriale de la procédure administrative contentieuse⁹⁴⁰, traduisant une conception assez dynamique de son office de la part le juge⁹⁴¹ et à laquelle «*le juge administratif demeure attaché*»⁹⁴², la pratique de l'interprétation bienveillante de la requête est aujourd'hui très explicitement consacrée par la

⁹³¹ R. Odent, *Contentieux administratif*, T. 1, précité, p. 917.

⁹³² À ce propos, le juge va effectuer ce que certains appellent un «*travail d'orthopédie juridique*» (R. Odent, *Le destin des fins de non-recevoir*, in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, précité, p. 663) ou encore une «*pêche aux conclusions et moyens*» (X. Pretot, *Réflexion sur la justice administrative*, D. 1986, chron., p. 272).

⁹³³ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 902.

⁹³⁴ C. Debbasch, *L'interprétation par le juge administratif de la demande des parties*, JCP 1982, I, 3085, n°4, précité : «*Le juge s'attribue ainsi le pouvoir de démonter l'apparence de la demande pour en faire apparaître l'essence. Le juge agit comme une sorte d'éclaireur de la volonté du requérant*».

⁹³⁵ CE, 17 décembre 1990, *Ouedjedi*, Rec., p. 362.

⁹³⁶ C.A.A. Lyon, 10 février 2000, *SARL Brasserie du Mas*, req. n° 99LY02079.

⁹³⁷ CE, 16 mai 1990, *P. Ginez*, Req. n°84510 : le juge se réfère ici aux termes de la requête sommaire «*nonobstant le caractère succinct et imprécis de celle-ci*».

⁹³⁸ CE, 29 janvier 1992, *M. Montamat*, req., n°82605.

⁹³⁹ Voir dans ce sens, A. Claeys, *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, précité, p. 245.

⁹⁴⁰ J.-M. Auby, «*L'"ultra petita" dans la procédure contentieuse administrative*», *Mélanges Marcel Waline*, précité, p. 278.

⁹⁴¹ A. Claeys, *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, précité, p. 343.

⁹⁴² J. Morand-Deville, *Le contrôle de l'administration : la spécificité des méthodes du juge administratif et du juge judiciaire*, in *Le contrôle juridictionnel de l'administration, Bilan critique, Economica*, 1991, précité, p. 188.

section du contentieux du Conseil d'État dans sa décision *SCI Maison médicale Edison* en date du 25 juin 2004 : « *il appartient au juge de l'excès de pouvoir de donner aux décisions administratives qui lui sont déferées leur exacte qualification* »⁹⁴³.

Quelques exemples suffisent à illustrer cette pratique qui atteste du rôle actif du juge dans l'examen de la requête en annulation, et qui par là-même apporte un soutien indispensable au requérant inexpérimenté, en lui offrant davantage de chances pour que sa cause soit effectivement examinée par le juge.

a. Le juge éclaire la prétention du requérant

C'est ainsi que le juge administratif, après avoir interprété l'intention réelle du requérant, a analysé une missive par laquelle le propriétaire avait informé son Président « *qu'il se [refusait] à prendre possession des parcelles qui lui [avait] été attribuées* », comme un recours ayant tendu à l'annulation pour excès de pouvoir de la décision de la Commission départementale de remembrement le concernant⁹⁴⁴. De la même façon, le juge a interprété le recours du sieur Maignan dirigé contre la décision implicite de rejet du ministre de l'Intérieur, qui avait transmis sa demande au ministre des Finances et des Affaires économiques compétent pour y répondre, comme dirigé contre la décision de rejet ayant résulté du silence gardé par le ministre des Finances et des Affaires économiques sur sa demande⁹⁴⁵. De même encore, le recours dirigé contre une simple lettre d'information a été considéré comme formé en réalité contre une décision implicite de rejet⁹⁴⁶. Enfin, deux espèces illustrent d'une façon très significative ce pouvoir d'interprétation constructive que s'attribue le juge pour sauver les demandes dont les conclusions sont maladroitement formulées. Dans la première (CE, 23 février 1990, *Angles*, Req., n° 92273), le requérant avait demandé au juge de rétablir la légalité administrative dans la commune de Châteauroux-les-Alpes, légalité qui aurait été méconnue

⁹⁴³ Req. n° 228437, rec., p. 261, concl. D. Piveteau, *A.J.D.A* 2004, p. 1930, chron. C. Landais et F. Lenica.

⁹⁴⁴ T.A Limoges 7 juin 1961, *Sieur Durand c/ Ministre de l'Agriculture*, *A.J.D.A* 1961, II, p. 727. Dans son commentaire sur cette affaire, B.P explique, de manière quelque peu péjorative, la nécessité de se livrer à un travail d'interprétation, pour sauver les requérants de leur inexpérience : « *Pour comprendre et admettre cette indulgence, il faut avoir vu ces pauvres feuilles de papier d'écolier où dans une langue à peine compréhensible et d'une main manifestement plus habituée à manier un outil que la plume, les exploitants agricoles exposent leurs doléances à la suite des opérations de remembrement. S'il fallait pour admettre la recevabilité de ces "requêtes" exiger qu'elles contiennent les mots "annulation" ou "annuler", il y aurait lieu d'en rejeter les quatre cinquièmes. Les plus explicites parlent de "contestation"; la plupart font état d'un "désaccord". Et naturellement, l'exposé des moyens laisse autant à désirer. Mais le contrôle superficiel auquel se borne le juge administratif en la matière donne suffisamment aux paysans, l'impression d'une parodie de justice, pour que, sous l'angle de la recevabilité, les tribunaux administratifs, ne se montrent pas exigeants* », (spéc. p. 728).

⁹⁴⁵ CE, 28 avril 1950, *Maignan*, Rec., p. 237. Voir dans ce sens, Ch. Debbasch, *L'interprétation par le juge administratif de la demande des parties*, *JCP* 1982, I, 3085, précité.

⁹⁴⁶ CE, 25 mai 1990, *Rodriguez*, Rec., p. 135.

par le refus du maire d'ordonner la démolition d'un balcon, d'un auvent et d'un escalier édifiés par M. Emile Y... sur la voie publique, ou d'exercer ses pouvoirs en matière de police et de conservation des chemins ruraux et des voies communales. Or, dans sa demande, le requérant n'avait pas présenté de décision administrative de la commune en ce sens. Il avait donc manqué ostensiblement à la règle l'obligeant à lier le contentieux, alors que, pour reprendre la formulation actuelle de l'article R. 421-1 du code de justice administrative (qui n'existait pas à l'époque), qui énonce une règle fondamentale du contentieux administratif, «*la juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision* ». Sa requête devait donc, en principe, être déclarée irrecevable. Cependant, malgré cette irrégularité, le Conseil d'État, en s'appuyant sur «*les pièces du dossier*», accepta d'examiner sa requête, et l'interpréta comme dirigée en réalité contre une lettre du maire en date du 9 mai 1984 l'ayant informé de son refus d'engager des poursuites à l'encontre de la personne mise en cause. Le juge a donc regardé sa demande comme ayant tendu à l'annulation pour excès de pouvoir de la décision de refus susmentionnée⁹⁴⁷. Dans une autre espèce (CE, 2 novembre 1992, *Kherouaa*, Rec., p. 389, R.F.D.A 1993, p. 112, concl. D. Kessler), les requérants avaient attaqué devant le juge le règlement intérieur (en fait, le premier règlement) d'un collège interdisant le port du foulard islamique à leurs filles, mais n'avaient pas expressément attaqué celui, plus général (le second règlement), qui interdisait le port de tout signe distinctif, vestimentaire ou autre, d'ordre religieux, politique ou philosophique, et sur la base duquel avaient été exclues leurs filles. Ayant conclu sur cette affaire, le commissaire de gouvernement Kessler considéra «*plus cohérent de requalifier leur requête et d'estimer qu'en réalité le second règlement s'était substitué au premier* » et que «*c'(était) bien celui-là que les familles (avaient) entendu attaquer* »⁹⁴⁸. Suivant les conclusions de son commissaire de gouvernement, le Conseil d'État analysa le recours en annulation du règlement, dont il avait été saisi, comme dirigé contre celui qui avait été substitué par l'administration⁹⁴⁹.

⁹⁴⁷ Voir dans ce sens, A. Claeys, *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, thèse précitée, p. 245.

⁹⁴⁸ Voir également dans ce sens : CE, 22 mars 1961, *Enard*, Rec., p. 202 : transfert des conclusions contre une décision implicite de rejet sur le décret qui a fait l'objet d'un recours administratif ayant provoqué cette décision ; CE, Sect., 20 septembre 1955, *Hubert*, Rec., p. 450, concl. P. Landron : recours contre la lettre de notification d'une décision regardée contre la décision ; CE, Sect., 6 mai 1955, *Marchand*, Rec., p. 234 : transfert des conclusions dirigées contre une circulaire sur les décisions prises en application de cette circulaire ; CE, 19 avril 1950, *Delangle*, Rec., p. 217 : transfert des conclusions dirigées contre une décision sur celle qui l'a remplacé ; CE, 3 octobre 1979, *Lasry*, Rec., p. 358 : demande dirigée contre la décision d'un organisme collégial national considérée comme tendant à l'annulation de la décision ministérielle qu'elle a confirmée. Jurisprudences citées par le Professeur Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 1059.

⁹⁴⁹ Voir dans ce sens, C.A.A. Bordeaux, 11 décembre 2001, *Zeggai*, Req. n°01BX00031. Dans cette affaire, le requérant demandait au juge l'annulation d'un certificat de notification de la décision d'expulsion et non pas l'annulation de cette décision elle-même. Après examen des pièces du dossier de première instance, le juge a

b. Le juge accorde davantage que ce qui lui est demandé par le requérant

Dans d'autres cas, tout en restant dans le cadre de la décision attaquée, le juge se reconnaît le pouvoir d'interpréter l'objet de la demande, et cela soit « *dans un sens de l'extension* »⁹⁵⁰ de la chose demandée –tel est notamment le cas d'une demande d'annulation partielle interprétée par le juge comme visant à une annulation totale⁹⁵¹–, soit au contraire dans un sens « *de la réduction* »⁹⁵² ou « *de rétrécissement légitime* »⁹⁵³ de celle-ci - tel est, par exemple, le cas d'une demande en annulation d'un décret considérée par le Conseil d'État, étant donné les moyens invoqués, comme dirigée contre certaines seulement de ses dispositions⁹⁵⁴. Le juge peut même encore aller plus loin dans son pouvoir d'interprétation, en modifiant l'objet même de la demande dont il est saisi : il va alors placer le litige sur un terrain autre que celui initialement choisi par le requérant. C'est ainsi que le Conseil d'État a, par exemple, prononcé une réquisition, alors que le requérant demandait une indemnité⁹⁵⁵. La Haute juridiction a également requalifié en recours pour excès de pouvoir une requête de plein contentieux⁹⁵⁶ ou encore une demande d'injonction à l'encontre de l'administration requalifiée en excès de pouvoir⁹⁵⁷, toutes les deux irrecevables à ce titre.

Des exemples cités ci-dessus on peut déduire que l'interprétation des conclusions de la requête est une pratique davantage orientée vers des solutions pragmatiques de compromis, atténuant les exigences du formalisme procédural qui pèsent sur le requérant-demandeur en annulation. En opérant une interprétation de la requête, le juge sauve le requérant, en faisant

considéré que le requérant « *entendait bien, en réalité, attaquer cette décision, qu'il avait jointe à sa demande et qui lui avait été notifiée le même jour que la décision fixant le pays de renvoi dont il demandait aussi l'annulation* ».

⁹⁵⁰ Ch. Debbasch, *L'interprétation par le juge administratif de la demande des parties*, précité.

⁹⁵¹ CE, 9 décembre 1933, *Abbé Roussel*, D. 1934, 3, 7, concl. Rivet. Voir dans ce sens, Ch. Debbasch, *L'interprétation par le juge administratif de la demande des parties*, précité.

⁹⁵² Ch. Debbasch, *L'interprétation par le juge administratif de la demande des parties*, précité.

⁹⁵³ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 1057.

⁹⁵⁴ CE, 5 octobre 1966, *Suzan*, Rec., p. 518 ; CE, Ass., 3 février 1967 *Confédération générale des vignerons du Midi* : dans cette affaire, le requérant demandait l'annulation d'un décret du 4 octobre 1963 portant règlement d'administration publique ; le Conseil d'État va, d'une part, étendre la demande à l'annulation d'un décret antérieur, et, d'autre part, réduire considérablement la demande initiale, en jugeant que « *considérant que qu'il résulte de l'argumentation de la requête que celle-ci tend seulement à l'annulation de celles des dispositions de du décret du 4 octobre qui présentent un caractère de nouveauté par rapport aux règles jusqu'alors en vigueur du décret du 8 février 1930, article 6 ; que dans ces conditions, la requête doit être regardée comme dirigée d'une part contre le 3° de l'article 6 du décret du 8 février 1930 tel qu'il résulte du décret du 4 octobre 1963, d'autre part, contre la seconde phrase de l'article 2 de ce dernier décret* » ; CE, Sect., 2 juin 1972, *Fédération française des syndicats de pilotes maritimes*, Rec., p. 407.

⁹⁵⁵ CE, 19 novembre 1956, Rec., p. 733.

⁹⁵⁶ CE, Sect., 8 mai 1981, *M. André Marquiset*, Rec., p. 209. Voir dans ce sens, Ch. Debbasch, précité.

⁹⁵⁷ CE, 8 novembre 1961, *Mauché*, Rec., T. p. 1077, R.D.P 1962, p. 155 ; TA Paris 11 juillet 1984, *Borne*, R.F.DA 1985, p. 425, note P. Couzinet.

en sorte que le formalisme des principes ne nuise pas à ses intérêts⁹⁵⁸. Il tient davantage compte des intentions certaines du requérant que des formalités par lui utilisées. Ce faisant, le juge lui facilite l'accès au prétoire et protège mieux ses droits contre la puissance publique.

⁹⁵⁸ T. Einaudi, *L'obligation d'informer dans le procès administratif*, précité, p. 137.

B. L'allègement de la charge de la preuve pesant sur le requérant-demandeur en annulation : le juge oblige l'administration à se justifier et, à défaut, recherche la preuve lui-même

Ainsi qu'il a été rappelé précédemment, l'inégalité des parties dans la procédure administrative contentieuse rend la recherche de la preuve particulièrement délicate, voire dans certains cas impossible à surmonter pour le requérant. Afin d'atténuer ce déséquilibre des rapports entre les parties dans l'instance juridictionnelle, le juge accepte que la charge de la preuve puisse être transférée du requérant à l'administration, en obligeant celle-ci à se justifier (1), et dans ce cas, c'est lui-même qui apporte son concours, en s'investissant activement aux côtés du requérant dans la recherche de la vérité (2).

1. Le transfert de la charge de la preuve vers l'administration

Afin d'amener un certain équilibre dans les positions respectives des parties dans le litige administratif, le juge transfère la charge de la preuve, qui pèse normalement sur le requérant-demandeur, à l'administration défenderesse⁹⁵⁹. Les rôles se trouvent dans ce cas inversés : ce n'est plus au requérant-demandeur de supporter le fardeau de la preuve de ses allégations, du moins plus à lui tout seul⁹⁶⁰, mais c'est à l'administration de démontrer le bien-fondé de sa défense⁹⁶¹.

Ainsi, à titre d'exemple, en matière de sanctions disciplinaires en raison du caractère répressif des décisions prises, le juge accepte que la charge de la preuve puisse être corrigée en faveur de l'agent. C'est donc à l'autorité administrative qui a pris la sanction disciplinaire contre un agent public d'apporter la preuve de la réalité des faits qu'elle allègue contre ce dernier ; elle doit se justifier, et fournir au juge la preuve des faits (motifs de la sanction) reprochés à l'agent, faute de quoi sa décision sera jugée irrégulière⁹⁶². Dans ce cas, la légalité de la sanction disciplinaire sera conditionnée, à sa conformité à la loi et à l'existence réelle des faits reprochés à l'agent public. Autrement dit, une sanction disciplinaire n'est légale que si l'exactitude des griefs retenus à l'encontre de l'agent se trouve établie par les pièces du dossier soumis au juge administratif⁹⁶³ ou corroborée par l'instruction⁹⁶⁴.

Dans ce domaine, l'allègement de charge de la preuve qui pèse sur le requérant semble aujourd'hui définitivement établi. On voit en effet la jurisprudence afficher clairement que, « *sauf disposition législative contraire* », c'est à « *l'autorité investie du pouvoir disciplinaire* » qu'« *il incombe d'établir les faits sur le fondement desquels elle inflige une sanction à un agent public* »⁹⁶⁵.

⁹⁵⁹ On peut faire remonter au moins jusqu'à l'arrêt *Camino* du 14 janvier 1916 la date à laquelle le Conseil d'État admettait « *déjà, non seulement que la preuve ressort des pièces du dossier mais que la charge de la preuve peut être transférée du demandeur sur l'Administration défenderesse(...)* », disent les commentateurs du *GA.J.A* (20^{ème} édition, n° 28, note sur l'arrêt *Camino*, précité).

⁹⁶⁰ Il doit au moins soumettre au juge des éléments de faits susceptibles de faire présumer du sérieux de ses allégations. Voir dans ce sens : CE, 15 avril 2015, *Pôle Emploi* ; *A.J.D.A* 2015, p. 781.

⁹⁶¹ Une fois de plus, il devient ici difficile de continuer à soutenir la thèse du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir, c'est-à-dire un procès fait à un acte et non un litige entre parties, car il y a bien deux parties : un demandeur en annulation qui conteste la régularité juridique de l'acte en cause et un défendeur (l'administration) qui « *veut défendre son acte comme un particulier défendrait ses droits* » (cf. B. Kornprobst, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, précité, p. 91).

⁹⁶² Comme il a été indiqué précédemment dans la première partie de notre recherche, le contrôle de la légalité devient ici une simple question de fait et plus précisément de preuve de la réalité des faits motifs de la décision attaquée et non la conformité de celle-ci au droit.

⁹⁶³ CE, 25 janvier 1950, *Oulié, Rec.*, p. 54.

⁹⁶⁴ CE, 2 mars 1951, *Mesure, Rec.*, p. 128. Voir dans ce sens : R. Odent, *Contentieux administratif*, T. 1, précité, p. 719.

⁹⁶⁵ CE, sect., 16 juillet 2014, *Ganem*, req. n° 355201. Voir dans ce sens : B. Pacteau, *Preuve*, précitée.

Le juge administratif accepte également que la charge de la preuve puisse être reportée sur l'administration, lorsque, notamment, le requérant avance des présomptions sérieuses de vices entachant la régularité de l'acte qu'il critique. Cette pratique est une illustration parfaite des pouvoirs inquisitoriaux dont est investi le juge administratif. De manière générale, il appartient au juge, « *saisi d'un recours pour excès de pouvoir, d'exiger de l'administration compétente la production de tous documents susceptibles d'établir sa conviction et de permettre la vérification des allégations du requérant* »⁹⁶⁶. Cette formule de principe a été « *reprise avec éclat* »⁹⁶⁷ dans la motivation de l'arrêt d'Assemblée *Barel et autres* en date du 28 mai 1954⁹⁶⁸, rendu à propos du refus de certaines candidatures au concours d'entrée à l'École nationale d'administration (E.N.A.). Dans cette affaire, le Conseil d'État a considéré que, même investie d'un pouvoir discrétionnaire, l'administration devait, lorsque les requérants se prévalaient, à l'appui de leurs allégations, de circonstances et de faits précis constituant des présomptions sérieuses, fournir au juge les documents susceptibles d'établir sa conviction, et que, faute de réponse fournie par elle, les allégations des requérants devaient être regardées comme fondées⁹⁶⁹. Dans son arrêt de section *Société Maison Génestal* en date du 26 janvier 1968⁹⁷⁰, rendu à propos du refus d'un agrément auquel était attachée une substantielle réduction d'impôt, la Haute juridiction est allée plus loin encore dans l'atténuation de la charge de la preuve⁹⁷¹ qui pèse normalement sur le demandeur, s'étant borné à faire état « *de l'argumentation développée par la société requérante* » et reconnue le pouvoir de demander au ministre les « *raisons de fait et de droit* » ayant motivé l'acte critiqué⁹⁷². À cet égard, l'article R. 612-6 du Code de justice administrative dispose désormais

⁹⁶⁶ CE, Sect., 1^{er} mai 1936, *Couespel du Mesnil* Rec., p. 485 ; CE, 6 novembre 1936, Rec., p. 965.

⁹⁶⁷ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n°992, p. 848.

⁹⁶⁸ Rec., p. 303 ; concl., Letourneur ; *R.D.P.* 1954, p. 509, note M. Waline ; *R.P.D.A.* 1954, p. 149, note Eisenmann ; *R.A.* 1954, p. 393, note Liet-Veaux ; *A.J.D.A.* 1954. II. p. 396, note Long ; *D.* 1954, p. 594, note G. Morange ; *S.* 1954. 3. 97, note Mathiot ; *G.A.J.A.* n° 66. Voir également dans ce sens : CE, 26 septembre 1986, *Ministre délégué auprès du ministre du Redéploiement industriel, chargé des PTT c/ Epoux Blanckaert*, Rec., p. 222, D. 1988, p. 8, note J.-L. Clergerie.

⁹⁶⁹ « *Considérant ... qu'il appartient au Conseil d'État de rechercher parmi les pièces versées aux dossiers celles qui lui permettent de dégager les motifs des décisions prises et s'est ainsi abstenu de faire connaître le motif de ses décisions. Qu'en cet état de la procédure la Section du contentieux, chargée de l'instruction des requêtes, usant du pouvoir qui appartient au Conseil d'État d'exiger de l'administration compétente la production de tous documents susceptibles d'établir la conviction du juge et de permettre la vérification des allégations des requérants* ».

⁹⁷⁰ Rec., p. 62, concl. Bertrand ; *A.J.D.A.* 1968, p.102 et ibid. 122, chron. J. Massot et J.-L. Dewost ; *D.* 1969, p.456, note M. Fromont ; *Dr. soc.*, 1968, p. 295, note Besson ; *J.C.P.* 1968, I. n° 2203, chron., Colson ; *J.C.P.* 1968, II, n° 15581, note Blancher.

⁹⁷¹ Sans la supprimer pour autant : CE, Sect., 9 avril 1999, *Société The Coca-Cola Cy*, Rec., p. 119.

⁹⁷² Voir dans ce sens : *G.A.J.A.* 11^{ème} édition, n° 101. Le commentaire de cet arrêt n'apparaît plus dans les éditions qui suivent du *G.A.J.A.*

: « Si, malgré une mise en demeure, la partie défenderesse n'a produit aucun mémoire, elle est réputée avoir acquiescé aux faits exposés dans les mémoires du requérant »⁹⁷³. Enfin, avec son arrêt d'Assemblée *Mme Perreux* en date du 30 octobre 2009⁹⁷⁴, le Conseil d'État a franchi un pas supplémentaire dans ce processus d'aménagement de la charge de la preuve pesant normalement sur le requérant, pour lui faciliter la preuve de certains comportements, en particulier les comportements discriminatoires⁹⁷⁵. Dans cette espèce, le Conseil d'État a précisé qu'il appartenait au juge administratif, dans la conduite de la procédure inquisitoire, de demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction. Cette responsabilité doit, dès lors qu'il est soutenu qu'une mesure ait pu être empreinte de discrimination, s'exercer en tenant compte des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de l'égalité de traitement des personnes. S'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe, il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. La conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires ; en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile.

Ce dispositif spécifique de preuve, mis en place par l'arrêt *Mme Perreux*, a été appliqué par le juge administratif pour censurer un cas de refus de détachement d'une magistrate à un poste de chargé de formation à l'École nationale de la magistrature, refus jugé empreint de discrimination⁹⁷⁶. Il a été également appliqué pour déterminer la charge de la

⁹⁷³ Voir pour l'application de ce principe : CE, Ass., 28 mars 1947, *Sté des chaux et ciments Lafarge*, Rec., p.139 ; CE, Ass., 6 juin 1947, *Bonneau*, Rec., p. 247 ; CE, Ass., 28 mai 1948, *Codos*, Rec., p. 240 ; CE, 9 octobre 1968, *Ville de Grenoble c/ Mlle Gros*, Rec., p. 482. Et spécialement au service d'annulations pour excès de pouvoir : CE, 21 décembre 1949, *Delle Raison*, Rec., p.562 ; CE, 20 juillet 1951, *Ducommun*, Rec., p.422 ; CE, 1er février 1952, *Babonneix*, R.D.P 1952, p.826 ; CE, 1er juillet 1964, *Le Bourva*, R.D.P 1964, p.1231 ; CE, 28 juin 1967, *Dame Gueguen*, Rec., T. p. 893 ; CE, 26 juin 1970, *Delort*, Rec., p. 442 ; CE, 26 février 1986, *Deloste*, Rec., p. 47 ; CE, 14 décembre 1988, *Melle Ciga*, req. n°70591 ; CE, 4 février 1991, *Cne de Tarascon-sur-Ariège c/ MM. Llorca et autres*, req. n° 68137 et 68150. Arrêts cités par B. Pacteau, in *Preuve* précité.

⁹⁷⁴ req. n°298348, Rec., p. 407, concl., M. Guyomar ; *A.J.D.A* 2009, p.2385, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; *R.F.D.A* 2009, p.1276, chron. T. Rambaud et A. Roblot-Troisier, et 2010, p.126, note M. Canedo-Paris ; *D.* 2010, p.553, note G. Calves.

⁹⁷⁵ Voir dans ce sens : J.-F. Lachaume, H. Pauliat, S. Braconnier, C. Deffigier, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, Thémis, 16^{ème} édition 2014, p. 741.

⁹⁷⁶ CE, 10 janvier 2011, *Mme Lévêque*, Rec., p. 1, *A.J.D.A* 2011, p. 901, concl. Oger-Lacan.

preuve d'une discrimination fondée sur le sexe⁹⁷⁷ ou encore celle de faits constitutifs de harcèlement moral. Dans ce dernier cas, le juge peut compléter sa conviction, afin d'apprécier si les agissements de harcèlement sont ou non établis, en organisant des échanges contradictoires qu'il peut compléter, en cas de doute, en ordonnant toute mesure d'instruction utile⁹⁷⁸.

L'administration se trouve, dans ces cas, obligée de collaborer et de s'expliquer devant le juge sur les irrégularités reprochées à son action. Elle se doit de fournir la preuve qui lui incombe, par exemple celle « de l'exactitude matérielle des faits »⁹⁷⁹, ou au moins un commencement de preuve⁹⁸⁰, ou encore les pièces du dossier corroborant la matérialité des faits allégués⁹⁸¹, faute de quoi son action sera jugée irrégulière⁹⁸².

⁹⁷⁷ C.A.A Versailles 29 décembre 2009, *Mme Delaunay*, *A.J.D.A* 2010, p. 742, concl. Davesne.

⁹⁷⁸ CE, Sect., 11 juillet 2001, *Mme Montaut*, *Rec.*, p. 349, concl. Guyomar, *A.J.D.A* 2011, p. 2072, concl. *J.C.P. Adm.* 2011, 2377, note Jean-Pierre, *D.A* 2011, n°88, note F. Melleray. Voir dans ce sens : *G.A.J.A* note sous l'arrêt *Mme Perreux*, n° 111 ; J.-F. Lachaume, H. Pauliat, S. Braconnier, C. Deffigier, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, précité, p. 741.

⁹⁷⁹ CE, 3 février 1965, *Baboureau*, *Rec.*, p. 64.

⁹⁸⁰ CE, 14 janvier 1948, *Canavaglia*, *Rec.*, p. 18.

⁹⁸¹ CE, sect., 4 février 1981, *Konaté*, req. n° 23491, *D.* 1981. 353, note B. Pacteau, précité. Voir dans ce sens : *G.A.J.A*, note sous l'arrêt *Camino*, n°28.

⁹⁸² CE, 13 juillet 1965, *Magne de la Croix*, *Rec.*, p. 401 ; CE, 22 avril 1966, *Mony*, *Rec.*, p. 280 ; R.D.P 1966 p. 586, concl. Galmot ; CE, 6 juin 1966, *Banse*, *Rec.*, T. p.1067 ; *A.J.D.A* 1966. II. p.31 ; CE, 13 mars 1970, *Dame veuve Sinigo*, *Rec.*, p.191 ; CE, 28 septembre 1994, *Min. Intérieur c/ Busrello*, req. n° 132361 ; CE, 4 mars 1998, *Jean-Louis*, req. n° 154893. Arrêts cités par B. Pacteau, *Preuve*, précitée.

2. La participation du juge à la recherche de la preuve

Parce qu'il dirige seul l'instruction, le juge administratif peut intervenir dans le litige et prendre « *une part active dans la recherche de la vérité* »⁹⁸³. Ce faisant, il remédie aux difficultés de preuve liées au caractère inégalitaire qui domine les rapports entre les parties en présence dans l'instance juridictionnelle. L'action du juge sera dans cette hypothèse une action unilatérale, et tendra principalement à venir en aide au requérant dans ses difficultés de recherche des preuves⁹⁸⁴. À ce titre, le juge peut prendre toutes mesures propres à lui procurer, par les voies de droit, les éléments de nature à lui permettre de former sa conviction sur les points en litige⁹⁸⁵. Dans cette tâche, il n'est lié par aucun principe rigide⁹⁸⁶. Ainsi, une fois saisi de la requête introductive d'instance, c'est lui qui mène l'instruction⁹⁸⁷. Tous indices, toutes méthodes, toutes sources et informations peuvent être mis en œuvre par lui dans la recherche de la vérité⁹⁸⁸.

Parmi les moyens dont dispose le juge administratif dans cette recherche de la vérité (et donc des preuves), il y a ce que le Professeur René Chapus appelle « *l'injonction d'instruction* »⁹⁸⁹. Il s'agit de la possibilité pour le juge d'adresser aux parties (plus généralement à l'administration auteur de la décision critiquée) des demandes d'explication⁹⁹⁰ ou de requérir qu'elles produisent des documents (pièces, dossiers, rapports, etc.)⁹⁹¹ ou tous éléments⁹⁹² utiles lui permettant de former sa conviction sur un point précis du litige.

⁹⁸³ R. Odent, *Contentieux administratif*, T.1, précité, p. 716.

⁹⁸⁴ J.-Ph. Colson, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, 1972, L.G.D.J, p. 99.

⁹⁸⁵ CE, 20 février 2012, *Ministre de la Défense et des anciens combattants*, req., n°350382. Voir également dans ce sens : CE, 1^{er} juin 2011, *M. Beddiaf*, req., n° 337992 ; A.J.D.A 2011, p. 2182, note L. Delabie.

⁹⁸⁶ R. Odent, *Contentieux administratif*, T.1, précité, p. 717.

⁹⁸⁷ Voir dans ce sens, H. Lenoan, *La procédure devant le Conseil d'État statuant au contentieux en première et dernière instance*, thèse précitée, p. 36.

⁹⁸⁸ Voir dans ce sens : B. Pacteau, *Preuve*, précité.

⁹⁸⁹ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 992.

⁹⁹⁰ Voir dans ce sens pour les demandes d'éclaircissement ou de renseignements : CE, 268 avril 1993, *Syndicat départemental d'électricité de la Drôme*, Rec., p. 956, D. 1994, Somm. 83, obs. P. Terneye ; CE, 29 juin 1998, *Sté des eaux d'Evian*, *Gaz. Pal.* 8 octobre 1998, p. 5.

⁹⁹¹ Voir dans ce sens : *Brael et autres* précité ; CE, 21 décembre 1960, *Vicat-Blanc*, Rec., p. 1022, D. 1961, p. 421 ; note Chapus ; *Couespel du Mesnil* précité ; CE, 13 juillet 1968, *Chenal*, Rec., p. 446 (à propos d'une sanction disciplinaire) ; CE, 20 octobre 1982, *Duffourg*, D. 1983, p. 112, note F. Julien-Laferrière (à propos du licenciement d'un agent public), CE, 18 juillet 1977, *SCI Le Moulin Bellanger*, Rec., p. 529 ; CE, 22 février 1986, *Deloste*, Rec., p. 47 (à propos de décision d'octroi ou de refus de permis de construire) ; CE, 26 septembre 1986, *Epoux Blankaert*, Rec., p. 222, D. 1987, SC, p. 195, obs. F. Llorens, D. 1988, p. 8, note J.-L. Clergerie, R.A 1986, p. 568, note P. Terneye ; CE, 21 juillet 1989, *Touhami*, Rec., p. 165 (à propos des facturations téléphoniques) ; CE, 22 mars 1995, *Dadillon*, Rec., p. 138 (à propos de l'édition d'une réglementation). Arrêts cités par le Professeur R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 993.

⁹⁹² Voir dans ce sens notamment pour les éléments relatifs aux motifs d'une décision : CE, 25 octobre 2000, *Mme Curicea-Lamblot*, Rec., p. 460, A.J.D.A 2001, p. 284, concl. C. Mangüe, D.A 2001, n° 11, obs. C.M, précité.

Cela dit, à l'exception de ceux qui « *sont couverts par un secret garanti par la loi* »⁹⁹³, l'administration se doit de produire les documents réclamés par le juge. Et si elle refuse de coopérer, le juge tiendra pour fondées les allégations du requérant dont il n'a pas pu vérifier l'exactitude et, par conséquent, déclarera irrégulière la décision critiquée⁹⁹⁴. Une éventuelle perte, notamment d'un dossier, ne saurait exonérer l'administration de cette obligation. « *Quand l'administration perd ses dossiers, elle perd aussi ses procès* », écrit le Professeur Marcel Waline⁹⁹⁵.

Pour tenter de dégager la vérité et d'éclaircir des questions de fait incertaines, controversées ou obscures, le juge administratif dispose également d'un certain nombre de moyens d'investigation réglementés aujourd'hui par le Code de justice administrative⁹⁹⁶. Il peut, par exemple, soit d'office, soit à la demande des parties, ordonner une expertise (art. R. 621-1 et s. CJA)⁹⁹⁷, même lorsqu'il statue en urgence (CE, 14 février 2014, *Mme Lambert et autre* req., n°375081)⁹⁹⁸, décider d'une visite des lieux (art. R. 622-1 CJA)⁹⁹⁹, prescrire une enquête sur les faits dont la constatation lui paraît utile à l'instruction de l'affaire (art. R. 623-1 CJA)¹⁰⁰⁰, inviter toute personne extérieure au litige dont l'avis lui paraît utile à produire par

⁹⁹³ Voir par exemple dans ce sens : CE, Sect., 23 décembre 1988, *Banque de France c/Huberschwiller*, Rec., p. 464.

⁹⁹⁴ CE, 19 février 1958, *Fabre*, Rec., p. 115, *R.D.P* 1958, p. 240 ; CE, 10 janvier 1968, *Dauden et autres*, Rec., p. 24 ; *A.J.D.A* .II. p. 67 ; CE, Sect., 20 juillet 1980, *Dollet*, Rec., p. 323, *A.J.D.A* 1981, p. 154, concl. Théry, Rev. Adm. 1981, p. 149, chron. Rials, *R.D.P* 1981, p. 209, note Robert ; CE, 8 juin 1983, *Brisset*, Rec., t. p. 833.

⁹⁹⁵ Chron., sous CE, 11 mai 1973, *Sanglier*, *R.D.P* 1973, p. 1747.

⁹⁹⁶ Dans ses pouvoirs, le juge administratif n'est limité que par la règle qu'il s'est toujours imposée à lui-même à savoir : ne pas empiéter sur la sphère (attributions) de l'administration active. Voir dans ce sens, R. Odent, *Contentieux administratif*, T. I., précité, pp. 943 à 944.

⁹⁹⁷ Voir dans ce sens : CE, 28 juillet 1987, *Morel*, Rec., T. p. 883.

⁹⁹⁸ Dans cette affaire, l'Assemblée du contentieux a ordonné, avant de statuer le 24 juin 2014 (req., n° 375081) en tant que juge d'appel sur une requête en référé-liberté, qu'il soit procédé, compte tenu des circonstances très particulières de l'espèce, à une expertise confiée à un collège de trois médecins aux fins : de décrire l'état clinique du patient et son évolution depuis le bilan effectué en juillet 2011 par le Coma Science Group du centre hospitalier universitaire de Liège ; de se prononcer sur le caractère irréversible des lésions cérébrales de celui-ci et sur le pronostic clinique ; de déterminer si ce patient est en mesure de communiquer, de quelque manière que ce soit, avec son entourage ; d'apprécier s'il existe des signes permettant de penser aujourd'hui que le patient réagit aux soins qui lui sont prodigués et, dans l'affirmative, si ces réactions peuvent être interprétées comme un rejet de ces soins, une souffrance, le souhait que soit mis fin au traitement qui le maintient en vie ou comme témoignant, au contraire, du souhait que ce traitement soit prolongé.

Voir également dans ce sens, CE, Sect., 16 novembre 2011, *Ville de Paris et société d'économie mixte PariSeine*, req., n° 353172.

⁹⁹⁹ CE, 5 février 1969, *Ministre de l'Education nationale C/Warembourg*, Rec., p. 72 (Visite faite par un membre du Conseil d'État) ; CE, Sect., 13 mars 1970, *Ministre de l'État chargé des Affaires culturelles c/ dame Benoist d'Anthenay*, Rec., p. 182, *R.D.P* 1971, p. 224, note M. Waline (Visite faite par la sous-section d'instruction tout entière) ; CE, 20 mai 1981, *Département de la Sarthe*, *Gaz. Pal.* 22 novembre 1981. *pan. dr. adm.* p. 315.

¹⁰⁰⁰ Voir dans ce sens : CE, 22 juin 1963, *Poncin*, Rec., p. 393 ; CE, 23 novembre 1966, *Frank et Palfer-Sllier*, Rec., T. p. 997 ; CE, 18 avril 1969, *Consort Vitry*, Rec., p. 215, *A.J.D.A* 1969, p. 425, concl. Morisot et p. 362, note Homont (à propos de l'enquête faite par la sous-section d'instruction avec audition sous serment des

écrit des observations d'ordre général ou à venir s'exprimer oralement dans le cadre d'une audience administrative d'instruction ou de jugement (art. R. 625-3 CJA)¹⁰⁰¹.

Enfin, ce qui n'est pas prévu par un texte¹⁰⁰², le juge administratif peut décider, en vertu de ses pouvoirs inquisitoriaux, de procéder à une vérification de documents administratifs, afin de constater, par exemple, les contresigns que comporte un décret¹⁰⁰³ ou encore la réalité de la signature d'une décision par l'autorité compétente¹⁰⁰⁴.

personnes privées ou de fonctionnaires). Voir plus récemment : CE, 5 mars 2012, *Société anonyme Crédit Immobilier de France développement*, req. n°343412.

¹⁰⁰¹ Voir dans ce sens : M. Guyomar, B. Seiller, *Contentieux administratif*, Dalloz, 2^{ème} édition, précité, n° 831.

¹⁰⁰² Son prononcé peut cependant être rattaché à la disposition générale de l'article R. 626-1 du code de justice administrative.

¹⁰⁰³ CE, Ass., 16 novembre 1957, *Union Syndical des industries aéronautiques*, Rec., p. 434 ; *D.* 1956, p. 749, concl. P. Laurent.

¹⁰⁰⁴ CE, 29 juin 1990, *Mme Courtet*, Rec., p. 189. Voir dans ce sens : R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n°1000.

Conclusion du chapitre 1^{er} :

Ce chapitre démontre que la phase précédant le jugement au fond de la requête en annulation est caractérisée par une série d'obstacles que le requérant doit surmonter pour que sa cause soit entendue par le juge administratif. Cette phase peut être déterminante pour la réponse à donner par le juge à la demande en annulation dont il est saisi. Dans la perspective d'un contrôle juridictionnel efficace, le juge n'hésite pas à intervenir en faveur du justiciable pour lui faciliter l'accès au prétoire. Ainsi, comme nous l'avons mis en évidence, des requérants ayant formulé maladroitement des demandes en annulation ont bénéficié d'une assistance du juge administratif pour être mis en mesure de les régulariser : leurs prétentions ont été interprétées dans un sens garantissant leur recevabilité ; par ailleurs, l'obligation de la preuve qui pèse en principe sur eux a été aménagée afin d'atténuer les difficultés en la matière.

Chapitre 2 :

L'efficacité du contrôle analysée du point du vue du défendeur : un juge protecteur de l'administration

Nous avons vu, dans le chapitre précédent, le Conseil d'État intervenir d'une façon active en faveur du requérant, pour lui éviter les pièges des fins de non-recevoir sur lesquels il aurait éventuellement succombé dans l'introduction de sa requête en annulation. Cette attitude libérale de la Haute juridiction administrative ne surprend point et peut même paraître banale aujourd'hui, dans la mesure où la protection des administrés contre l'arbitraire administratif a souvent été une longue conquête jurisprudentielle. Les diverses étapes ayant jalonné l'histoire du recours pour excès de pouvoir, ainsi que les efforts accomplis et jamais ménagés¹⁰⁰⁵ par le Conseil d'État dans ce domaine, afin de garantir aux administrés un meilleur accès au prétoire¹⁰⁰⁶, sont, en effet, bien connues et ont souvent fait l'objet de nombreuses recherches doctrinales¹⁰⁰⁷.

Il existe cependant une autre facette du juge administratif, celle d'« *un juge protecteur des prérogatives de l'administration* », souvent occultée par les recherches entreprises jusqu'à présent. C'est le Professeur Achille Mestre qui, dans sa thèse intitulée « *Le Conseil d'État, protecteur des prérogatives de l'administration (études sur le recours pour excès de pouvoir)*¹⁰⁰⁸, a réussi à « éclairer [cet aspect] qui, jusque-là, demeurait dans l'ombre, amener au jour cette "face cachée" de la jurisprudence tournée vers la protection des prérogatives de l'administration », aux dires du Professeur Jean Rivero ayant préfacé sa thèse¹⁰⁰⁹.

Dans cette hypothèse, ce n'est plus seulement l'intérêt du requérant qui est pris en compte lorsque le juge est appelé à statuer sur la légalité d'une décision administrative, mais – bel et bien – l'intérêt de l'administration, un intérêt commandé notamment par la finalité du

¹⁰⁰⁵ Au point même de s'attirer les foudres de l'exécutif. Voir dans ce sens l'arrêt : CE, Ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Cadot*, Rec. p. 552, A.J.D.A 1962, p. 612, chron., A. De Laubadère, J.C.P 1963.II. 13068, note Ch. Debbasch, R.A 1962, p. 623, note Liet-Veaux ; G.A.J.A, précité, n° 77.

¹⁰⁰⁶ Voir dans ce sens les propos du Huron au Palais-Royal, J. Rivero, *Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir*, D. 1962, chron. VI, p. 37, précité.

¹⁰⁰⁷ Voir récemment par exemple A. Claeys, *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, thèse Poitiers 2005.

¹⁰⁰⁸ A. Mestre, *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'administration, études sur le recours pour excès de pouvoir*, précité. Ce titre avait de quoi à séduire, de l'aveu même de celui qui lui avait tendu la main pour diriger ses recherches, le Professeur Jean Rivero (Voir la préface de la thèse), et dont le rôle semblait s'inverser, lorsque l'on pense au souvenir de l'accueil reçu, quarante ans plus tôt très exactement, par le maître, lui-même alors disciple.

¹⁰⁰⁹ J. Rivero, préface de la thèse A. Mestre.

service public. Ici, le recours pour excès de pouvoir est interprété, et avec lui le respect de la légalité, au regard des besoins du service public et de la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés, pour ainsi reprendre l'un des considérants de principe de la décision *Blanco* du Tribunal des conflits en date 8 février 1873¹⁰¹⁰.

Ainsi, sans renoncer à son pouvoir de contrôle juridictionnel ni d'ailleurs cesser de l'étendre, le Conseil d'État a su imposer sa censure d'une façon subtile, tout en ayant évité de compromettre l'action administrative par « *des hardiesses de procédure* »¹⁰¹¹. L'examen de la recevabilité de la requête en annulation a, ainsi, été cantonné par le juge dans la seule logique de contrôle (**Section I**), et est opéré, par lui, dans le strict respect, c'est-à-dire avec le souci de ne pas l'entraver, l'action administrative (**Section II**).

¹⁰¹⁰ *GA.J.A*, n°1.

¹⁰¹¹ Termes utilisés par le commissaire de gouvernement Fernand Grévisse dans ses conclusions sous CE, 11 mars 1955, *Secrétaire d'État à la guerre c/ Coulon*, *R.D.P* 1955, p.995.

Section 1 :

Un examen de la recevabilité de la requête axé sur la seule logique de contrôle

Entièrement orientée vers un pur contrôle de légalité, l'instance en excès de pouvoir se distingue ainsi du recours (réclamations) hiérarchique par lequel est contesté, devant un supérieur hiérarchique, une décision prise par un agent public. En effet, il ne s'agit point pour le juge d'agir, dans ce type de contentieux, à la place de l'administrateur, notamment pour des considérations d'opportunité et encore moins de jouer le rôle d'un supérieur hiérarchique sanctionnant les pratiques irrégulières de ses subordonnés, mais seulement de décider du sort d'un acte administratif contre lequel est dirigé le recours¹⁰¹². Ainsi, si, au terme du procès, le juge est convaincu de l'illégalité de l'acte qui lui a été déféré, il ne peut, contrairement au supérieur hiérarchique, que l'annuler, car l'objet de la demande dont il est saisi ne lui permet pas de faire davantage¹⁰¹³.

Cet aspect particulier du recours pour excès de pouvoir se révèle un élément déterminant sur le plan de la recevabilité de la requête : les seules conclusions que puisse présenter le requérant par cette voie de recours sont des conclusions à fin d'annulation. Toutefois, il faut reconnaître que les décisions du Conseil d'État rendues en ce domaine peuvent être nuancées et aboutir ainsi indirectement à un résultat autre que la simple annulation de l'acte critiqué.

¹⁰¹² Voir dans ce sens : R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 244.

¹⁰¹³ Aucoc disait, à ce propos, « la juridiction administrative n'a qu'une chose à vérifier : l'administrateur est-il resté dans la limite de ses pouvoirs? S'il y est resté, elle laisse subsister l'acte; s'il en est sorti, elle l'annule. Elle fait tomber la décision entachée d'excès de pouvoirs ; elle ne la remplace pas par une autre », Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, t. I, 2^{ème} édition, 1878, p.459. Pour Laferrière, les tribunaux administratifs ont dans cette voie de recours « des pouvoirs d'annulation limités au droit d'annuler les actes entachés d'illégalité, sans que le juge administratif ait le pouvoir de les réformer et de leur substituer sa propre décision » *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, T. 1, précité, p.15. Voir également, dans ce sens, Romieu dans ses conclusions sur CE, 30 novembre 1906, *Jacquin, Rec.*, p. 863 : « (...) le Conseil d'État ne peut que prononcer l'annulation de l'acte illégal, sans le faire lui-même (...) ».

§1. La manifestation de la logique du contrôle dans l'examen de la recevabilité de la requête en annulation

Lorsqu'il est saisi d'un recours pour excès de pouvoir, le juge administratif refuse de voir dans cette voie de recours davantage qu'un instrument de contrôle objectif de légalité¹⁰¹⁴. Il en résulte que le Conseil d'État ne peut être appelé, par cette voie de recours, qu'à constater l'illégalité d'un acte administratif et à l'annuler, s'il est déclaré illégal¹⁰¹⁵.

¹⁰¹⁴ À ce propos, le commissaire de gouvernement Pichat parlait d'un « *instrument mis à la portée de tous, pour la défense de la légalité méconnue* » : conclusions sous CE, 8 mars 1912, *Lafage*, Rec., p.348, S. 1913, III, p.7, note Hauriou, précité.

¹⁰¹⁵ Voir, dans ce sens, G. Jèze, *Le Conseil d'État saisi d'un recours pour excès de pouvoir est appelé essentiellement à constater la légalité d'un acte* : R.D.P 1912, p. 266, note sous l'arrêt *Lafage*, précité.

A. Le refus du juge d'accéder aux conclusions principales aux fins d'injonction

C'est sans doute dans le domaine de l'injonction que se traduit, d'une façon remarquable, sur le plan de la recevabilité de la requête, la conception selon laquelle le recours pour excès de pouvoir est un instrument de contrôle objectif de légalité. À ce propos, la règle établie par la jurisprudence a été¹⁰¹⁶ et demeure¹⁰¹⁷ la suivante : « *il n'entre pas dans les pouvoirs du juge administratif d'adresser des injonctions à une autorité administrative* »¹⁰¹⁸ ou encore « *il n'appartient pas au juge administratif d'adresser des injonctions à l'administration* »¹⁰¹⁹. Ainsi, ont été déclarées, en conséquence, irrecevables les conclusions principales à fin d'injonction qui tendaient, par exemple, à ordonner l'admission d'un requérant dans un établissement d'enseignement¹⁰²⁰, ou sa réintégration dans le logement de fonction¹⁰²¹, ou bien à prescrire à l'administration de le soumettre à un examen médical¹⁰²². La Haute juridiction a également écarté les conclusions de la requête qui tendaient seulement à imposer à un maire d'assurer la tranquillité publique¹⁰²³, de déplacer un poteau électrique¹⁰²⁴, de rétablir une ligne téléphonique¹⁰²⁵ ou de prévoir des jours de remplacement pour permettre la consultation de documents communaux les jours non ouvrables¹⁰²⁶, ou à inviter un ministre à réexaminer une décision ou à modifier une réglementation¹⁰²⁷.

Dans cette prohibition d'injonction, valable aussi bien à l'égard des autorités administratives qu'à l'égard des organismes de droit privé investis de prérogatives de

¹⁰¹⁶ Voir dans ce sens pour des décisions anciennes : CE, 25 juin 1880, *Chabaud et Mille*, S. 1882. III. 2 ; CE, 4 janvier 1895, *Dubourg*, S. 1897. III.14 ; CE, 8 août 1896, *Compagnie des bateaux à vapeur de Guadeloupe*, S. 1898. III. 110 ; CE, 24 février 1899, *Viaud*, S. 1899. III. 105, note Hauriou.

¹⁰¹⁷ Au moins jusqu'à la réforme du 8 février 1995.

¹⁰¹⁸ CE, 4 février 1976, *Elissonde*, Rec., p. 1069. Voir pour le plein contentieux l'arrêt *Le Loir* du 27 janvier 1933, Rec., p. 136.

¹⁰¹⁹ Voir par exemple à propos de conclusions tendant à ce que soient prescrites la nomination rétroactive du requérant et la reconstitution de sa carrière : CE, 15 février 1978, *Plantureux*, Rec., p. 73.

Voir également dans ce sens, CE, 17 octobre 1980, *Borrois*, Rec., p. 378 ; CE, 3 avril 1987, *Consort Heugel*, Rec., p. 119 ; -, 20 janvier 1988, *Syndicat national unifié des personnels de forêts*, Rec., p. 26 ; CE, 8 juin 1988, *SARL ABC Engineering*, req., n° 74554 ; CE, 19 avril 1989, *Boyer*, Rec., p. 113 ; CE, Ass., 12 mars 1993, *Union nationale écologiste*, Rec., p. 67. Décisions citées par R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n° 1089.

¹⁰²⁰ CE, 25 novembre 1953, *Collado*, Rec., p. 515.

¹⁰²¹ CE, 22 novembre 1968, *Ville Toulouse et Malécamp*, Rec., p. 586.

¹⁰²² CE, 9 juillet 1958, *Dhamelicourt*, Rec., p. 424.

¹⁰²³ CE, 3 avril 1968, *Jardin*, Rec., p. 233.

¹⁰²⁴ CE, 16 octobre 1970, *Pierre*, Rec., t. p. 1140.

¹⁰²⁵ CE, Sect., 29 juin 1979, *Vve Bourgeois*, Rec., p. 292.

¹⁰²⁶ CE, 27 février 1974, *Verguin*, Rec., p. 154.

¹⁰²⁷ CE, 23 avril 1980, *Camlong*, Rec., p. 194.

puissance publique¹⁰²⁸, le Conseil d'État a même vu une question d'ordre public, qui doit être soulevée d'office par le juge administratif¹⁰²⁹. Il en résulte que les conclusions principales à fin d'injonction ne peuvent qu'être rejetées. En effet, une solution contraire, qui autoriserait notamment le juge à adresser des ordres à l'administration, *en dehors de l'hypothèse où les mesures sollicitées constituent des mesures d'exécution d'une décision rendue par lui*¹⁰³⁰, serait en contradiction avec rôle traditionnel dudit juge : celui-ci n'agirait plus en qualité de juge exerçant une fonction juridictionnelle, mais en qualité de supérieur hiérarchique de l'administrateur.

¹⁰²⁸ Voir dans ce sens : CE, 4 novembre 1983, n° 41775, *Noulard, Rec.*, p. 451 ; CE, Sect., 25 janvier 1991, *Vigier, Rec.*, p. 29, *A.J.D.A* 1991, p. 389, concl., A.-M. Leroy, à propos de fédérations sportives.

Et pour toutes ces jurisprudences, voir notamment R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 1089 et 1090 ; A. Béal, *Moyens et conclusions, JurisClasseur Administratif*, Fasc. 1086.

¹⁰²⁹ CE, 17 janvier 1963, *Ministre des anciens combattants c/ Faderne, Rec.* p. 224 ; *D.* 1963.688, note L. Di Qual ; *S.* 1964.88 ; v. également : CE, 9 juillet 1971, *X, Rec.* p. 534 ; CE, 15 février 1978, *Plantureux, Rec.* p. 73 ; CE, 23 avril 1980, *Camlong, Rec.* p. 104 ; *A.J.D.A* 1981, n° 3, p. 51, concl. D. Hagelsteen, etc.

¹⁰³⁰ Nous reviendrons sur ce point dans les développements à venir.

B. Le refus du juge d'accéder aux conclusions aux fins de réformation ou de substitution

Au même titre qu'il rejette les conclusions principales à fin d'injonction, le Conseil d'État refuse également de faire droit à la demande du requérant qui pourrait le conduire jusqu'à réformer la décision lui ayant été déférée ou encore à substituer sa volonté à celle de l'administration, bref à agir aux lieux et place de l'autorité administrative, toutes solutions qui l'amèneraient sur un terrain autre que celui de l'annulation.

Deux hypothèses sont à distinguer.

La première hypothèse est celle où le requérant formule des conclusions expresses aux fins de réformation ou de substitution. Sur ce point, la jurisprudence du Conseil d'État est très ferme : « *il n'appartient pas au juge administratif de se substituer à l'autorité administrative* »¹⁰³¹, et ce alors même que c'est l'administration qui le demande. Car, en application d'une jurisprudence bien établie (*Préfet d'Eure*)¹⁰³², le juge administratif ne saurait exercer à la place de l'administrateur les pouvoirs appartenant à ce dernier. Ce principe fait également obstacle à ce qu'un contribuable puisse agir au nom d'une autorité publique (commune, par exemple)¹⁰³³.

Trois domaines au moins témoignent de cette attitude de réserve du juge à l'égard de l'action administrative. Tout d'abord, en matière de travaux publics, le juge refuse de se substituer à l'administration, par exemple, pour ordonner l'exécution de travaux¹⁰³⁴, désigner le titulaire d'une adjudication¹⁰³⁵, autoriser une substitution de concessionnaire¹⁰³⁶ ou mettre en adjudication des travaux décidés précédemment dans le cadre d'une procédure de gré à gré¹⁰³⁷. Ensuite, dans le domaine de la fonction publique, contentieux administratif par excellence, le juge refuse également de faire droit aux conclusions lui demandant, par

¹⁰³¹ Voir, dans ce sens, par exemple : CE, 16 février 1973, *Société "la Chéville Langonaise"*, *Rec.*, p.144 : « *il n'appartient au juge administratif de se substituer à l'autorité administrative, pour décider de la tarification applicable* ».

¹⁰³² CE, 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, S 1915. III. 9, note Hauriou ; C. E., Sect., 13 juillet 1956, *OPHLM Seine*, *Rec.*, p. 338 ; CE, 21 juillet 1970, *Min. Equip. c/ Socotap*, *Rec.*, p. 1110 ; CE, 31 janvier 1973, *Wuest*, *Rec.*, p. 89

¹⁰³³ CE, 2 juillet 2007, *Commune Lattès*, req., n° 294393, *Juris-Data* n° 2007-072178.

¹⁰³⁴ CE, 28 mai 1935, *Consorts Legrand*, *Rec.*, p. 609 ; CE, 9 mars 1938, *Syndicat des marais de Montferland*, *Rec.*, p. 256 ; CE, 1^{er} juin 1951, *SNCF*, *Rec.*, p. 313.

¹⁰³⁵ CE, 14 février 1936, *Société coopérative de l'Est*, *Rec.*, p. 200.

¹⁰³⁶ CE, 23 juillet 1937, *Société « Le Centre électrique »*, *Rec.*, p. 772.

¹⁰³⁷ CE, 23 novembre 1934, *Syndicat des contribuables de l'arrondissement d'Aix-en-Provence*, *Rec.*, p. 1099.

exemple, de nommer un fonctionnaire ou d'ordonner que ce dernier prenne ses fonctions¹⁰³⁸, de modifier une date de nomination¹⁰³⁹, de déclarer un poste vacant¹⁰⁴⁰ ou prescrire un examen médical¹⁰⁴¹. Enfin, en matière réglementaire, le juge rejette également les conclusions des requérants qui lui demanderaient, par exemple, d'édicter une réglementation¹⁰⁴² ou de réformer la décision attaquée¹⁰⁴³.

La seconde hypothèse est celle où le requérant formule des conclusions qui, en réalité, ne tendent pas à l'annulation de la décision attaquée, mais vise à obtenir sa modification par le juge : il s'agit de l'hypothèse des demandes en annulation partielle d'une décision administrative indivisible, c'est-à-dire d'une décision dont « *les dispositions sont tellement dépendantes les unes des autres que l'annulation de l'une enlèverait toute cohérence à la décision. Dans ce cas, les différentes parties qui la composent sont unies entre elles de telle façon qu'on ne peut concevoir l'une sans l'autre* »¹⁰⁴⁴. Et ici encore, la jurisprudence est claire : « *le juge administratif, lorsqu'il est saisi de conclusions tendant à l'annulation partielle d'un acte dont les dispositions forment un ensemble (ou « un tout ») indivisible, est tenu de rejeter ces conclusions* »¹⁰⁴⁵. L'irrecevabilité de la requête doit alors même être relevée d'office, comme le rappelle une récente décision du Conseil d'État (C.E., 21 novembre 2012, *Ministre de l'Écologie, Développement durable, Transports et Logement c/ Rousseau*, req., n°354313). C'est ainsi que le Conseil a, par exemple, opposé l'irrecevabilité aux conclusions ayant tendu à l'annulation partielle de la décision implicite du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie par laquelle ce dernier avait rejeté la demande (des requérants) d'abrogation du III de l'instruction du 14 février 1985 de la Direction générale des impôts relative aux associations agréées (allègements fiscaux accordés

¹⁰³⁸ CE, 24 décembre 1926, *Boudère, Rec.*, p. 1153 ; CE, 29 mai 1936, *Dame Rouaix, Rec.*, p. 475.

¹⁰³⁹ CE, 30 mai 1945, *Boitard, Rec.*, p. 109.

¹⁰⁴⁰ CE, 16 mai 1941, *Honard, Rec.*, p. 85.

¹⁰⁴¹ CE, 9 juillet 1958, *Dhamelincourt, Rec.*, 424.

¹⁰⁴² CE, 25 mars 1931, *Rochemont, Rec.*, p. 343 ; CE, 16 février 1973, *Société "la Chéville Langonaise", Rec.*, p.144, précité.

Voir notamment pour toutes ces jurisprudences, J.-M. Auby, R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, LGD.J 1984, t. I, n° 167.

¹⁰⁴³ CE, 7 novembre 1984, *Coteba, req.*, n° 44710. Dans cette affaire le Conseil d'État a été saisi la société Coteba de conclusions de tendant à ce que le Conseil d'État réforme la décision attaquée du bureau central de tarification et fixe le tarif auquel le groupe Sprinks est tenu d'accepter la proposition d'assurance de cette société.

¹⁰⁴⁴ Ch. Debouy, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, PUF, 1980, précité, p. 343.

¹⁰⁴⁵ CE, 5 novembre 1975, *Sté Pavita, Rec.*, p. 544 ; CE 12 octobre 1979, *Ministre de l'Environnement c/ M. Poidevin, Rec.*, 847 ; CE, 1^{er} juillet 1981, *Sté Carrière Chalumeau, Rec.*, p. 293 ; CE, 8 janvier 1988, *Mozar, Gaz. Pal.* 1988, 1, p. 335 ; CE, 29 octobre 2003, *Époux Hervouet, req.*, n° 233706.

aux adhérents, mesures nouvelles), au motif que la disposition attaquée faisait partie d'un acte dont les dispositions formaient un ensemble indivisible¹⁰⁴⁶.

Pour le même motif, la Haute juridiction administrative a également opposé une fin de non-recevoir aux demandes d'annulation partielle de décisions suivantes : décisions des commissions de remembrement, indivisibles tant qu'elles concernent les biens d'un même propriétaire¹⁰⁴⁷ ; arrêtés d'extension de conventions collectives¹⁰⁴⁸ ; délibérations des jurys de concours en tant seulement qu'elles écartaient une candidature¹⁰⁴⁹, notations attribuées aux fonctionnaires¹⁰⁵⁰, établissement de la liste des candidats ayant vocation à être inscrits sur un tableau d'avancement à l'issue des épreuves d'un examen professionnel, lorsque le jury se fonde sur une appréciation des aptitudes de l'ensemble des candidats¹⁰⁵¹.

Une fin de non-recevoir a, de même, été opposée aux demandes d'annulation partielle d'un tableau d'avancement ayant comporté un nombre maximum d'agents et présenté un caractère indivisible, de sorte qu'un agent ne pouvait demander son annulation en tant qu'il n'y figurait pas¹⁰⁵², ou, plus récemment, de la classification des emplois d'une chambre de commerce et d'industrie les uns par rapport aux autres (C.E., 19 novembre 2014, *Chambre de commerce et d'industrie de Rennes*, n° 361270, A.J.D.A 2014, p. 2281). Dans cette dernière affaire, les 9^e et 10^e sous-sections réunies du Conseil d'État ont relevé que « *compte tenu du caractère relatif du classement des emplois les uns par rapport aux autres, une modification du classement de l'un d'entre eux impliquerait nécessairement de procéder au réexamen du classement des autres emplois classés en tenant compte de cet emploi* »¹⁰⁵³.

Cette règle (refus du juge d'accéder aux conclusions à fin de réformation ou de substitution) trouve encore tout son sens lorsqu'il s'agit d'une autorisation d'urbanisme

¹⁰⁴⁶ CE, 29 octobre 2003, *Époux Hervouet* req., n° 233706.

¹⁰⁴⁷ CE, 29 mai 1985, *Ancian*, D.A 1985, n° 342 ; CE, 30 octobre 1987, *Gayraud*, D.A 1987, n°623 ; CE, 28 octobre 1994, *Greter*, Rec., p. 1136.

¹⁰⁴⁸ CE, Sect., 4 mars 1960, *Fédération Nationale des Industries Chimiques*, Rec., p.169

¹⁰⁴⁹ CE, 30 juin 1990, *de Carvalho*, A.J.D.A 1990, p. 841 ; CE, 6 novembre 2000, *Gregory*, Rec., p. 1136.

¹⁰⁵⁰ CE, 29 juillet 1994, *Mme Litovsky*, Rec., p. 1136.

¹⁰⁵¹ CE, 21 juillet 2006, *Ichard*, n° 267853, A.J.D.A, 2006, p. 2246.

¹⁰⁵² CE, 27 avril 2011, req., n° 326936, *Rouzet*, A.J.D.A, 2011, p. 878, et p. 2139, note M. Staub.

¹⁰⁵³ Voir notamment pour toutes ces décisions, R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 1060 ; A. Lallet, conclusions, sous CE, 13 mars, 2015, *Mme Ciaudo*, n°358677.

formant un tout indivisible avec les conditions¹⁰⁵⁴ et les prescriptions spéciales¹⁰⁵⁵ dont elle est assortie¹⁰⁵⁶ : de telles conditions ou prescriptions constituent en effet le support nécessaire de l'autorisation, sans lequel l'administration n'aurait pas pris sa décision, ou, à tout le moins, ne l'aurait pas formulée dans le sens où elle l'a initialement prise. Ainsi que le fait remarquer le Président Labetoulle dans ses conclusions sous l'arrêt de Section *Plunian* en date du 13 novembre 1981, « *c'est dans le cadre d'un pouvoir d'appréciation globale que, par une décision unique, l'administration accorde l'autorisation et subordonne celle-ci à telle ou telle condition ; la condition est un support de l'autorisation ; on ne peut contester la première sans remettre en cause la seconde* »¹⁰⁵⁷.

Cela dit, une décision administrative accordant le permis de construire tout en imposant une participation financière présentait un caractère indivisible, de telle sorte que des conclusions dirigées contre les seules dispositions imposant la participation étaient irrecevables et que l'on n'aurait pu obtenir l'annulation de ces dispositions qu'en faisant tomber le permis dans son ensemble¹⁰⁵⁸.

La jurisprudence a donné une base très solide à cette solution du rejet des conclusions à fin d'annulation partielle de dispositions d'une décision administrative indivisibles. En effet, récemment encore, le Conseil d'État dans sa décision *Mme Ciaudo* en date du 13 mars 2015 (req., n°358677) tout en ayant admis la recevabilité de la demande du titulaire d'une autorisation d'urbanisme d'annulation d'une prescription dont celle-ci était assortie, a rappelé que « *toutefois, le juge ne peut annuler ces prescriptions, lorsqu'elles sont illégales, que s'il résulte de l'instruction qu'une telle annulation n'est pas susceptible de remettre en cause la légalité de l'autorisation d'urbanisme et qu'ainsi ces prescriptions ne forment pas avec elle un ensemble indivisible* ».

¹⁰⁵⁴ À propos des conditions expressément posées à l'octroi de l'autorisation : CE, 20 novembre 1981, *Raginia*, n° 22024 ; comme la réalisation de places de stationnement : CE, 14 décembre 1992, *Epoux Léger*, req., n° 106685, *D.* 1994, 104, obs. H. Charles.

¹⁰⁵⁵ CE, 22 avril 1988, *Michault*, n° 75755 ; CE, 12 octobre 1979, *Ministre de l'Environnement et du cadre de vie c/ Poidevin*, n° 12957 ; CE, 12 mai 1993, *Epoux Ainciburru*, n° 124936 ; pour les autorisations de clôture : CE, 9 octobre 1996, *Seulin*, n° 126348, *D.* 1996, p.252 ; CE, 30 octobre 1996, *Jacquelet*, req., n° 138243.

¹⁰⁵⁶ Voir pour la décision de principe, CE, Sect., 12 octobre 1962, *Ministre de la Construction c/ Compagnie immobilière de la région parisienne*, *Rec.* p. 537.

¹⁰⁵⁷ *Rec.* p. 413, s. p. 417.

¹⁰⁵⁸ CE, Sect., 12 octobre 1962, *Ministre de la construction c/Société immobilière de la région parisienne*, *Rec.*, p. 537, précité ; CE, 11 décembre 1968, *Ministre de la construction c/ Société immobilière de de la Croix Rouge*, *Rec.*, p. 643.

Il en résulte que le juge administratif, lorsqu'il est saisi de conclusions tendant à l'annulation partielle d'un acte dont les dispositions forment un ensemble indivisible, est tenu de rejeter ces conclusions, quelle que soit, au demeurant, la nature des moyens susceptibles d'être invoqués à l'encontre de la décision attaquée¹⁰⁵⁹. La légalité de cette dernière ne peut donc être débattue qu'à l'occasion d'un recours dirigé contre elle dans son entier et son illégalité emporte l'annulation de toute la décision¹⁰⁶⁰.

Si une telle solution « *est intellectuellement irréprochable* », car « *c'est dans le cadre d'un pouvoir d'appréciation global que, par une décision unique, l'administration accorde* », notamment, une « *autorisation et subordonne celle-ci à telle ou telle condition ; la condition est support de l'autorisation ; on ne peut contester la première sans remettre en cause la seconde. Intellectuellement irréprochable, mais sévère et d'une opportunité discutable, car soustrayant pratiquement au contrôle juridictionnel le bien-fondé des participations* »¹⁰⁶¹, d'autant que le requérant ne saurait trouver aucun intérêt à attaquer dans sa globalité une autorisation qui, pour l'essentiel, lui donne satisfaction¹⁰⁶².

À ces reproches, la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement a semblé trouver une solution, en reconnaissant au juge le pouvoir d'annulation partielle des autorisations d'urbanisme, indépendamment d'une quelconque divisibilité. À ce propos, aux termes de l'article L. 600-5 du Code de l'urbanisme, « *le juge administratif qui, saisi de conclusions dirigées contre un permis de construire, de démolir ou d'aménager, estime, après avoir constaté que les autres moyens ne sont pas fondés, qu'un vice n'affectant qu'une partie du projet peut être régularisé par un permis modificatif, peut limiter à cette partie la portée de l'annulation qu'il prononce et, le cas échéant, fixer le délai dans lequel le titulaire du permis pourra en demander la régularisation* ».

Dans sa décision *Commune de Toulouse c/A* du 1^{er} octobre 2015 (req., n° 374338), le Conseil d'Etat a précisé les conditions de mise en œuvre de l'article L. 600-5 du code de

¹⁰⁵⁹ CE, 5 novembre 1975, *Secrétaire d'État à la Culture c/ Société Pavita*, req., n° 95530.

¹⁰⁶⁰ CE, 24 mai 2006, *Association pour la promotion des Soyfoods*, req., n° 275363 ; CE, 3 février 1988, *SCI des 128-130 Cours Berriat*, req., n° 70566 : à propos d'une subvention ; CE, 9 janvier 1980, *Ministre de la Santé c/ Union mutualiste de Seine-Maritime*, T. p. 844 : pour l'autorisation d'ouverture d'une pharmacie mutualiste ; CE, 25 mai 1994, *SA Papeteries Philippe Berges*, T. p. 955 : une autorisation d'utilisation de l'énergie d'une rivière ; CE, 1^{er} juillet 1981, *SA Carrières Chalumeau et autres*, p. 293 : des conditions dont est assortie une autorisation d'exploiter une carrière. Voir, dans ce sens A. Lallet, conclusions précitées.

¹⁰⁶¹ D. Labetoulle, conclusions sous CE, Sect., 13 novembre 1981, *Plunian*, Rec., p. 413, s. p. 417.

¹⁰⁶² Voir, dans ce sens, A. Lallet, conclusions précitées.

l'urbanisme. Ainsi, dit l'arrêt, « lorsque les éléments d'un projet de construction ou d'aménagement auraient pu faire l'objet d'autorisations distinctes, le juge de l'excès de pouvoir peut prononcer l'annulation partielle de l'arrêté attaqué en raison de la divisibilité des éléments composant le projet litigieux ; que les dispositions de l'article L. 600-5 du code de l'urbanisme lui permettent en outre de procéder à l'annulation partielle d'une autorisation d'urbanisme qui n'aurait pas cette caractéristique, dans le cas où l'illégalité affectant une partie identifiable d'un projet de construction ou d'aménagement est susceptible d'être régularisée par un permis modificatif ; qu'il en résulte que, si l'application de ces dispositions n'est pas subordonnée à la condition que la partie du projet affectée par ce vice soit matériellement détachable du reste de ce projet, elle n'est possible que si la régularisation porte sur des éléments du projet pouvant faire l'objet d'un permis modificatif ; qu'un tel permis ne peut être délivré que si, d'une part, les travaux autorisés par le permis initial ne sont pas achevés - sans que la partie intéressée ait à établir devant le juge l'absence d'achèvement de la construction ou que celui-ci soit tenu de procéder à une mesure d'instruction en ce sens - et si, d'autre part, les modifications apportées au projet initial pour remédier au vice d'illégalité ne peuvent être regardées, par leur nature ou leur ampleur, comme remettant en cause sa conception générale ; qu'à ce titre, la seule circonstance que ces modifications portent sur des éléments tels que son implantation, ses dimensions ou son apparence ne fait pas, par elle-même, obstacle à ce qu'elles fassent l'objet d'un permis modificatif »¹⁰⁶³.

Plus récemment, dans sa décision Commune de Baie-Mahault du 22 février 2017 (req., n°392998), la Haute juridiction administrative a précisé que la faculté de régularisation ainsi ouverte n'est pas subordonnée à la condition que la construction faisant l'objet du permis attaqué, dès lors qu'elle est légalement possible, n'ait pas été achevée.

¹⁰⁶³ CE, 1^{er} mars 2013, *Epoux Fritot*, req., n° 350306, *A.J.D.A* 2013, p. 495, *R.D.I* 2013, p. 226, obs. P. Soler-Couteaux, *A.J.C.T* 2015, p. 388, étude R. Bonnefont .

§ 2. Les fondements de la logique du contrôle dans l'examen de la recevabilité de requête

On peut se demander pourquoi le Conseil d'État refuse d'accéder aux conclusions autres que celles visant l'annulation de l'acte administratif? Pour répondre à cette interrogation, la doctrine avance souvent l'argument tiré de la nécessité de préserver la séparation entre l'administration active et la juridiction administrative. Nous pensons que cet argument n'est pas convaincant, du moins qu'il ne justifie pas à lui seul l'attitude du juge en la matière et qu'il existe un autre fondement, lié à la logique de contrôle qui domine cette voie de recours.

A. Le principe de séparation entre la juridiction administrative et l'administration active interdit au juge de faire acte d'administrateur

Les réserves du juge dans l'examen de la requête en annulation trouvent leur fondement, selon la doctrine, dans la nécessité de garantir une séparation entre la juridiction administrative et l'administration active. Cette nécessité tend, ainsi que le rappelle Jacques Allier dans sa thèse intitulée « *De l'obéissance due par l'administration à la chose jugée par la juridiction administrative* », d'un côté, à « empêcher les dénis de justice de la part de l'administration, dénis qui seraient inévitables si elle se jugeait elle-même » et de l'autre côté, à « garantir à cette même administration la liberté d'allure, l'indépendance d'action qui lui sont indispensables »¹⁰⁶⁴. « Dès lors, la séparation de l'administrateur et du juge administratif n'a qu'un but », poursuit l'auteur : « prendre des précautions contre les empiètements possibles de l'un sur l'autre, précautions d'ailleurs beaucoup plus utiles et répondant à un danger plus réel quand elles sont prises en faveur du juge »¹⁰⁶⁵. En effet, « donner des ordres à l'administration ou décider à sa place conduirait le juge administratif à tenir le rôle d'un véritable administrateur, en contradiction avec le principe de l'indépendance de l'administration active »¹⁰⁶⁶.

Si on ne peut pas nier la profonde sagesse et la grande perspicacité¹⁰⁶⁷ de cette théorie, ses auteurs n'invoquent cependant aucun texte formel, et encore moins une nécessité logique pouvant justifier l'attitude du juge en la matière. « Car, à l'adopter dans sa généralité, dit le Professeur Gaudemet, il faudrait en faire également application au juge judiciaire lorsque celui-ci est juge de l'administration. Or, dans la pratique, le juge judiciaire s'est toujours reconnu la faculté d'adresser des injonctions à l'administration »¹⁰⁶⁸.

On ne saurait invoquer, à ce propos, les textes révolutionnaires qui fondent la séparation des pouvoirs¹⁰⁶⁹. La loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, par

¹⁰⁶⁴ J. Allier, *De l'obéissance due par l'administration active à la chose jugée par la juridiction administrative*, thèse, Paris, 1923, précité, p. 13.

¹⁰⁶⁵ Idem.

¹⁰⁶⁶ J. Chevallier, *L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur*, A.J.D.A 1972, précité, p. 68.

¹⁰⁶⁷ P. Weil, thèse précitée, p. 61.

¹⁰⁶⁸ Y. Gaudemet, *Réflexion sur l'injonction dans le contentieux administratif*, *Mélanges Georges Burdeau*, L.G.D.J, 1977, p. 805.

¹⁰⁶⁹ J. Rivero, *Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits*, *Mélanges Jean Dabin*, éd. Bruylant, 1963, p. 813, s. p. 828.

exemple, interdisent certes de « *troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs* », mais ces prohibitions s'adressent au pouvoir judiciaire, et non aux juridictions administratives, qui n'existaient pas à l'époque révolutionnaire¹⁰⁷⁰.

C'est donc sur un autre terrain, qu'il faut chercher une assise à cette attitude de réserve du juge à l'égard de l'administration dans l'examen de la recevabilité de la requête.

¹⁰⁷⁰ J. Moreau, *Droit administratif*, PUF 1^{ère} édition 1989, n° 11.

B. Le juge de l'excès de pouvoir ne peut être appelé, par cette voie de recours, qu'à constater l'illégalité d'un acte administratif

Le refus d'accéder à des conclusions autres que celles d'annulation (injonction, substitution, réformation) est une traditionnelle autolimitation¹⁰⁷¹ du juge administratif, qui trouve, selon nous, son assise¹⁰⁷², au moins partiellement dans le principe de séparation entre la juridiction administrative et l'administration active, qui interdit au juge, lorsque le recours est fondé, de rendre une décision autre que celle prononçant l'annulation de l'acte attaqué¹⁰⁷³, mais aussi dans le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir ainsi que dans la seule logique de contrôle qui domine cette voie de recours.

Il faut mentionner sans plus tarder le texte fondateur (au moins dans sa version contentieuse et non hiérarchique) du recours pour excès de pouvoir, à savoir l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, repris à l'identique par l'article 32 de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 (D. 1945. 197, rect. 252), qui place le pouvoir d'annulation au cœur même de sa définition.

Du point de vue qui nous intéresse, à savoir la recevabilité de la requête, les conclusions à fin d'annulation sont à la base de la demande dont le juge est saisi : « *le Conseil d'État statue souverainement sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives* ». Le demandeur qui met en mouvement la voie de recours, dont le rôle s'apparente d'ailleurs à celui d'un « *agent du ministère public* »¹⁰⁷⁴, prétend seulement qu'un acte administratif a enfreint la légalité et

¹⁰⁷¹ Il s'agit en effet d'une autolimitation que le Conseil d'État s'est imposée et il l'a imposée à l'ensemble des juridictions de l'ordre administratif.

¹⁰⁷² Termes utilisés par J. Rivero, *Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits*, Mélanges Jean Dabin, éd. Bruylant, 1963, p. 813, s. p. 829.

¹⁰⁷³ Voir dans ce sens, J.-M. Auby & R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, L.G.D.J 1984, T. 1, précité, n° 1305.

Il est donc indispensable aussi bien pour les justiciables que pour l'administration de maintenir cette séparation ; faute de quoi on réintroduirait la confusion ancienne du jugement et de l'action pour le plus grand dommage des administrés, victimes ou bénéficiaires de l'action administrative.

¹⁰⁷⁴ L. Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents*, 1903, réédition Dalloz, 2005, précité, p. 133. Voir également dans ce sens, M. Hauriou, note sous, CE, 8 et 15 décembre 1899, *Ville d'Avignon et Adda*, S.1900, IIIe part., p. 73 : « *le recours pour excès de pouvoir est un moyen de nullité objectif, organisé dans un but de bonne administration. Tel il a été créé et tel il est resté. Si on confie son maniement à des intéressés, c'est pour transformer ceux-ci en des surveillants de l'Administration ; ils ont un intérêt personnel sans doute, mais en même temps ils agissent dans l'intérêt de la Puissance publique ; dans l'instance engagée, ils ne sont pas des parties en cause défendant leur droit, leur situation se rapproche de celle d'un ministère public poursuivant la répression d'une contravention* ».

demande au juge de l'annuler. Il n'invoque donc pas un droit subjectif dont il prétend être titulaire, mais soutient seulement que la loi, droit objectif, a été violée par l'administration¹⁰⁷⁵.

C'est ce raisonnement qu'a d'ailleurs suivi le Conseil d'État, dans jurisprudence *Lafage* en date 8 mars 1912, pour justifier la recevabilité de la demande en annulation¹⁰⁷⁶. Dans cette affaire, la Haute juridiction rappela, en effet, que le sieur Lafage « *se borne à soutenir que, par la décision susvisée du ministre des Colonies, il a été privé du bénéfice d'avantages qui lui sont assurés, en sa qualité d'officier, par les règlements en vigueur ; que sa requête met ainsi en question la légalité d'un acte d'une autorité administrative ; que, par suite, le requérant est recevable à attaquer la décision dont s'agit par la voie du recours pour excès de pouvoir* »¹⁰⁷⁷. La prétention du Sieur Lafage était donc orientée exclusivement vers l'annulation de l'acte qu'il critique : il souhaitait seulement obtenir du juge le rétablissement de la légalité méconnue par l'administration. Un rétablissement passant nécessairement par l'annulation de la décision du ministre des Colonies, qui l'avait privé du bénéfice d'avantages qui lui sont assurés, en sa qualité d'officier, par les règlements en vigueur. On remarquera d'ailleurs que cette annulation, seule arme¹⁰⁷⁸ que « *le juge s'estime autorisé à manier* »¹⁰⁷⁹, épuise tous ses effets à l'instant même où elle est prononcée par celui-ci.

Cela dit, au-delà de l'hypothèse de conclusions principales à fins d'injonction, de réformation ou de substitution, qui ne peuvent qu'être rejetées, car elles ne visent en réalité qu'à faire édicter par le juge « *des actes administratifs en la forme juridictionnelle* »¹⁰⁸⁰, le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir et avec lui la logique du contrôle trouvent

¹⁰⁷⁵ Voir dans ce sens, L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, T. 2, 2^{ème} édition 1923, p. 327.

¹⁰⁷⁶ Rec., p. 348, concl. Pichat ; S. 1913.3.1, note Hauriou, *R.D.P* 1916, p. 266, note Jèze ; *G.A.J.A* n°22.

¹⁰⁷⁷ Pour sa part, le commissaire de gouvernement Pichat rappelle que « *...le recours pour excès de pouvoir ne peut être fondé que sur la violation des règles de droit auxquelles les lois et règlements soumettent le fonctionnement des services publics. Il n'est pas recevable, si le moyen invoqué est la violation d'un droit contractuel, quasi contractuel ou quasi délictuel. Les textes qui le concernent n'ont, en effet, prévu, comme pouvant être invoqués à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir, que des moyens d'illégalité : incompétence ou excès de pouvoir, vice de forme, violation de la loi ou d'un règlement, détournement de pouvoir (qui est un excès de pouvoir d'une nature spéciale)* ».

On retrouve ici la classification des recours posée par L. Duguit fondée sur la nature de la question posée au juge administratif.

¹⁰⁷⁸ « *N'ayant que le droit d'annulation et non le droit de réformation, le Conseil d'État ne peut pas modifier, amender l'acte attaqué, car ce serait faire un acte administratif nouveau et empiéter sur les attributions de l'administration active* », E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, T. 2, précité p. 568.

¹⁰⁷⁹ J. Rivero, *Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits*, *Mélanges Jean Dabin*, édition Bruylant, 1963, précité, s. p. 829.

¹⁰⁸⁰ J. Chevallier, *L'interdiction pour le juge administratif de faire acte de l'administration*, précité, p. 68.

tous les deux leur véritable sens, lorsque, par exemple, le juge est saisi de conclusions à fin d'annulation partielle d'un acte dont les dispositions forment un tout indivisible.

Si le juge faisait, dans ce cas, droit à ce type de recours, en prononçant l'annulation des seules dispositions critiquées –lesquelles, rappelons-le, font partie d'un ensemble indivisible–, il ne saurait sans doute « *se borner à l'annulation demandée, puisque les dispositions contre lesquelles le recours est dirigé ne peuvent être séparées des autres* »¹⁰⁸¹, mais prononcerait l'annulation totale de la décision administrative. Dans cette hypothèse, la décision de l'administration se trouverait complètement transformée, bouleversée dans son économie générale, de sorte qu'elle serait finalement prise non plus par l'autorité administrative compétente, qui ne l'avait pas voulue ainsi, mais par le juge, méconnaissant par là même, non pas, comme cela est souvent écrit, le principe de séparation des autorités administrative et juridictionnelle, ou du moins ce seul principe¹⁰⁸², mais l'esprit même du texte fondateur du recours pour excès de pouvoir¹⁰⁸³, lequel limite les pouvoirs du juge à la seule option d'annulation de l'acte critiqué. On remarquera d'ailleurs que ce point de vue est confirmé par la règle générale de procédure qui s'impose, même en l'absence d'un texte, à toutes les juridictions : « *le juge ne peut statuer que sur les conclusions dont il est saisi par les parties en cause* »¹⁰⁸⁴. En d'autres termes, il est, selon la doctrine, interdiction pour le juge de statuer « *ultra petita* »¹⁰⁸⁵, c'est-à-dire, d'aller au-delà de ce qui lui a été demandé par les conclusions de la requête. « *Les parties ayant fixé des bornes à l'instance sont en droit d'attendre que le juge ne les dépasse pas* », rappelle à ce propos le Professeur Debbasch¹⁰⁸⁶.

Cette attitude de réserve du juge à l'égard de l'administration dans l'examen de la recevabilité de la requête n'est pas, contrairement à ce qu'on pourrait croire, un renoncement de celui-ci à ses pouvoirs de contrôle juridictionnel, et encore moins un déni de justice. Elle témoigne, en effet, d'une seule chose : la volonté du Conseil d'État de marquer une rupture avec ce qui était autrefois son office dans le cadre de la justice retenue¹⁰⁸⁷, à savoir la mise en

¹⁰⁸¹ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n°1060.

¹⁰⁸² G. Pellissier, *Recours pour excès de pouvoir (Conditions de recevabilité)*, *Répertoire contentieux administratif*, Dalloz, janvier 2010.

¹⁰⁸³ La loi du 24 mai 1872.

¹⁰⁸⁴ CE, 8 août 1918, *Delacour*, *Rec.*, p. 739, *D.* 1922.3.62.

¹⁰⁸⁵ Voir dans ce sens, J.-M. Auby. *L' "ultra petita" dans la procédure contentieuse administrative*, in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, L. G. D. J., 1974, précité, p. 267.

¹⁰⁸⁶ *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, L.G.D.J 1962, précité, p. 120.

¹⁰⁸⁷ À cette époque, le contentieux administratif se caractérisait par une confusion absolue de l'Administration active et de la juridiction administrative. Le Conseil d'État, couvert par l'autorité du chef de l'État, n'avait pas, en effet, un pouvoir de décision propre. Il était le Conseil du chef de l'État et ne rendait pas d'arrêts, à

œuvre courante de pouvoirs de réformation, de substitution, d'injonction et d'astreinte à l'encontre de l'administration¹⁰⁸⁸.

Il est permis de s'interroger sur la réaction du justiciable d'aujourd'hui, si on lui annonçait le retour du juge administrateur. Souvenons-nous, en effet, de cette phrase de Dupin Aîné, prononcée devant la Chambre des députés lors de la séance du 10 avril 1828 : « *Rien n'égale le désespoir des plaideurs, quand on leur annonce qu'ils seront jugés par le Conseil d'État* ». N'oublions donc pas l'histoire, et relevons à ce propos la pertinence du conseil de Léon Michoud, « *à chacun son métier et nos droits seront bien gardés (...) Ce serait, donc, lui rendre un bien mauvais service, et à lui-même et aux règles qu'il est chargé de défendre, que de chercher à pousser le juge de l'excès de pouvoir "dans une autre voie (...)". Le résultat est excellent. Ne le compromettons pas en confondant la domaine du contentieux avec le domaine propre de l'Administration (...)*»¹⁰⁸⁹. Car l'autolimitation du juge de l'excès de pouvoir n'est pas « *arbitraire ; même si elle procède d'une logique quelque peu abstraite, elle n'est pas la manifestation, regrettable, d'une justice qui s'arrêtait en chemin. C'est à la décision que le procès était fait : en conséquence de son annulation, si elle est illégale, elle disparaît (et avec effet rétroactif : elle est réputée n'avoir jamais été prise) ; c'est pleinement que justice a été faite* »¹⁰⁹⁰.

proprement parler ; il préparait des ordonnances ou des décrets au contentieux, présentés à la signature du chef de l'État, administrateur actif en même temps que juge. C'était l'époque du *ministre juge* ou encore de l'*administrateur-juge*.

¹⁰⁸⁸ J. Moreau, *Droit administratif*, Puf, précité, n° 11.

¹⁰⁸⁹ L. Michoud, *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, R.G.A, 1914, précité, pp. 194-195.

¹⁰⁹⁰ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 247.

§3. L'atténuation de la logique du contrôle dans l'examen de la recevabilité de requête

Comme presque toutes les règles de droit administratif, le refus du juge de voir dans le recours pour excès de pouvoir davantage qu'un instrument de contrôle objectif de légalité comporte des atténuations. Depuis la décision *Lafage*, la jurisprudence admet déjà la possibilité de demander, par voie de recours pour excès de pouvoir, la reconnaissance d'un droit pécuniaire. Cette possibilité de demander davantage qu'une annulation a été également confortée par la reconnaissance, par la loi du 8 février 1995 (codifiée à l'art. L. 911-1 du CJA), du pouvoir d'injonction du juge administratif.

A. La possibilité de demander la reconnaissance d'un droit pécuniaire : de la jurisprudence *Lafage* à la jurisprudence *Marcou*

La possibilité pour le requérant de demander, par la voie de recours pour excès de pouvoir, la reconnaissance d'un droit pécuniaire a été consacrée par la jurisprudence *Lafage* en date du 8 mars 1912 (Rec., p. 348, concl. Pichat ; S. 1913.3.1, note Hauriou, *R.D.P* 1916, p. 266, note Jèze)¹⁰⁹¹, rendue à propos des frais de représentation auxquels un fonctionnaire prétendait avoir droit.

Sans revenir en détail sur cette jurisprudence, on se contentera de rappeler que le choix du recours pour excès de pouvoir ouvert dans ce domaine est limité à la seule question de la légalité de la décision attaquée et à la condition que le requérant ne demande que l'annulation de cette décision¹⁰⁹². À ce propos, le premier considérant de l'arrêt *Lafage* est très clair « ... *le Sieur Lafage se borne à soutenir que, par la décision susvisée du ministre des Colonies, il a été privé du bénéfice d'avantages qui lui sont assurés, en sa qualité d'officier, par les règlements en vigueur ; que sa requête met ainsi en question la légalité d'un acte d'une autorité administrative ; que, par suite, le requérant est recevable à attaquer la décision dont s'agit par la voie du recours pour excès de pouvoir* ».

Cependant, si la solution dégagée par la jurisprudence *Lafage* a pu « prospérer »¹⁰⁹³, aussi bien dans le contentieux de la fonction publique¹⁰⁹⁴, domaine qui l'a vu naître, qu'en

¹⁰⁹¹ Cette voie nouvelle, par laquelle le Conseil d'État renonçait à opposer dans tous les cas une fin de non-recevoir au recours pour excès de pouvoir formé en cette matière, remonte, selon le commissaire de gouvernement Pichat, à l'arrêt *Heurtant* en date 11 juillet 1902, (Rec., p. 532, S. 1905.3.63), par lequel le Conseil d'État a admis la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir tendant à l'annulation d'une décision du ministre des finances qui avait interdit le cumul d'une pension de retraite et d'un traitement d'activité, en rejetant seulement, comme non recevables, les conclusions jointes à ce recours, et ayant pour objet le paiement des sommes retenues. De même, a été admise la recevabilité de recours pour excès de pouvoir tendant simplement à l'annulation d'une décision du ministre de la guerre, qui avait refusé de faire bénéficier un fonctionnaire de l'administration centrale d'un décret relatif, notamment, aux traitements (CE, 20 mai 1904, *Balu*, Rec., p. 407) ; d'une décision du ministre des Colonies, rejetant la demande formée par un fonctionnaire en vue d'obtenir un passage gratuit pour retourner à sa colonie d'origine (CE, 30 décembre 1910, *Pélagie*, Rec., p. 1038). Enfin, un arrêt du 24 novembre 1911, *Longueleau*, statuant sur le recours pour excès de pouvoir d'un sous-intendant militaire des troupes coloniales contre une décision du ministre de la Guerre, en tant que cette décision, en lui accordant un congé, avait laissé à sa charge les frais de passage, a considéré comme recevables les conclusions du recours tendant à l'annulation de la décision attaquée, et rejeté, au contraire, comme non recevables, celles ayant pour objet la condamnation de l'État au remboursement des frais de passage.

¹⁰⁹² Voir dans ce sens, notamment R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, 12^{ème} édition, n° 830.

¹⁰⁹³ F. Melleray, *Le nouveau souffle de la jurisprudence Lafage ? D. A n° 2*, février 2012, comm. 19.

¹⁰⁹⁴ CE, 12 février 1954, *Bierge*, Rec. p. 99, *A.J.D.A* 1954, 2 bis, p.8, chron. F. Gazier et M. Long : refus de verser à un fonctionnaire le « supplément familial » de traitement ; CE, Sect., 8 mars 1991, *Bodié*, Rec., p. 86, *A.J.D.A* 1991, p. 463, concl., M. Fornacciari, *R.F.D.A* 1991, p. 788, note R. Beyssac : refus de payer à un

dehors de celui-ci¹⁰⁹⁵, en permettant aux intéressés de faire valoir leur droit, soit d'obtenir le versement de certaines sommes d'argent qui leur avaient été illégalement refusées par l'administration, soit d'être déchargés de leur obligation de paiement à laquelle ils avaient été illégalement assujettis¹⁰⁹⁶, sa mise en œuvre s'est révélée, avec le temps, une solution déraisonnable. En effet, lorsqu'il est saisi en ce sens, le juge refuse d'aller au-delà de l'annulation des décisions administratives refusant ou imposant une charge financière.

De même, à chaque fois que le requérant joint à sa demande d'annulation des conclusions en condamnation pécuniaire ou en décharge de la somme litigieuse, le Conseil d'État donnait à « *l'ensemble de la requête le caractère d'une demande de plein contentieux* »¹⁰⁹⁷. Inévitablement, cette situation provoque soit le désistement du requérant de ses conclusions de plein contentieux, celui-ci ne pouvant en effet payer les frais d'avocat souvent plus élevés que les sommes réclamées et étant alors contraint d'abandonner ses conclusions de nature pécuniaire, soit, si celui-ci persiste dans sa demande, le rejet de sa requête pour irrecevabilité.

Dans les deux cas, le requérant s'estime devant « un déni de justice ». On lui dit qu'il est dans son droit d'agir en excès de pouvoir, mais on lui refuse de réclamer entièrement (conclusions pécuniaires et intérêts moratoires) son dû, par cette même voie de recours. Et s'il renonce à essayer d'obtenir une entière satisfaction, c'est-à-dire s'il abandonne les conclusions de plein contentieux, mais s'il obtient gain de cause par la suite, on lui répond que, dans ce domaine, le juge administratif a les mains liées, il pouvant que prononcer l'annulation de la décision critiquée. Cette situation ne pouvait pas durer. Malheureusement,

commissaire-enquêteur le nombre des vacances réclamées ; CE, 8 octobre 1991, *Masneuf*, Rec., p. 785 : refus à un fonctionnaire d'une allocation temporaire d'invalidité ; CE, 8 décembre 1999, *Chassey* : refus de prendre en charge des frais de déménagement. Citées par R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 832.

¹⁰⁹⁵ CE, Ass., 7 juillet 1950, *Œuvre de Saint-Nicolas et Association des parents d'élèves de l'enseignement technique privé de la Seine*, Rec. p. 422 ; CE, 9 février 1968, *Sté La Foncière des Champs-Élysées*, Rec. p. 109 ; CE, 1^{er} juillet 1970, *Teboul*, Rec., p. 452.

¹⁰⁹⁶ Voir dans ce sens à propos d'une demande d'annulation de l'obligation pécuniaire dont le permis de construire est assorti : CE, 8 décembre 1969, *société immobilière de la Croix-Rouge*, Rec., p. 643 ; celle imposant le versement d'une « participation forfaitaire » au bénéficiaire d'une autorisation de lotissement : CE, 8 octobre 1993, *District urbain de l'agglomération alençonnaise*, Rec., p. 266. Voir également dans sens R. Chpau, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 832. 2°.

¹⁰⁹⁷ CE, 7 novembre 1990, *Ministre de la défense c/Mme Delfeau*, Rec., p. 649 (recours en annulation d'un refus de remboursement des frais de logement et en condamnation au versement des sommes correspondantes) ; CE, 8 septembre 1995, *SARL Promo conseil international*, Rec., p. 966 (recours en annulation de l'ordre de reverser un trop perçu et en décharge de la somme en cause). Voir dans ce sens, R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 835.

le Conseil d'État ne s'en est rendu compte qu'un siècle plus tard, la réforme du 8 février 1995 n'étant pas étrangère à cette prise de conscience du juge administratif.

La Haute juridiction administrative a, par l'arrêt *Marcou* en date du 9 décembre 2011¹⁰⁹⁸, rendu conformément aux conclusions de son commissaire de gouvernement Rémi Keller, opéré, aux dires de ce dernier, « *une salutaire clarification* » de sa jurisprudence relative aux conclusions pécuniaires et aux intérêts moratoires. Saisi à l'occasion d'un litige ayant porté sur le versement d'une somme d'argent (prime de recherche et d'enseignement supérieur), le Conseil d'État a, en premier lieu, renversé sa jurisprudence *Ministre de la défense c/Mme Delfeau*¹⁰⁹⁹, qui, jusque-là, considérait que la présence dans un recours en annulation de conclusions de plein contentieux, donnait à l'ensemble de la requête le caractère d'une demande de plein contentieux, en jugeant « *que lorsque sont présentées dans la même instance des conclusions tendant à l'annulation pour excès de pouvoir d'une décision et des conclusions relevant du plein contentieux tendant au versement d'une indemnité pour réparation du préjudice causé par l'illégalité fautive que le requérant estime constituée par cette même décision, cette circonstance n'a pas pour effet de donner à l'ensemble des conclusions le caractère d'une demande de plein contentieux* ». Par cet arrêt, la Haute juridiction administrative a, en second lieu, renversé sa jurisprudence *Crégut* (CE 11 juillet 1991, req. n° 91758, Lebon)¹¹⁰⁰, qui, jusque-là, considérait que les litiges relatifs au paiement d'intérêts moratoires avaient le caractère de litiges de plein contentieux et imposaient le ministère d'un avocat, en jugeant « *qu'à l'occasion d'un litige portant sur le versement d'une somme d'argent, les conclusions ayant trait au principal et celles ayant trait aux intérêts sont de même nature ; qu'il en résulte que, lorsqu'un requérant est recevable à demander, par la voie du recours pour excès de pouvoir, l'annulation de la décision administrative qui l'a privé de cette somme, il est également recevable à demander, par la même voie, l'annulation de la décision qui l'a privé des intérêts qui y sont attachés* »¹¹⁰¹.

La solution retenue par le Conseil d'État dans l'arrêt *Marcou* a poursuivi quasiment le même objectif que celui retenu cent ans auparavant par la jurisprudence *Lafage*. En effet, pour justifier la recevabilité de la demande d'intérêts moratoires par voie du recours pour excès de

¹⁰⁹⁸ Rec. p. 616, concl. Keller; *R.F.D.A* 2012, p. 279 et p. 441, note R. Rambaud; *A.J.D.A* 2012, p. 897, note Legrand; *J.C.P Adm.* 2012. 2175, comm. Pacteau.

¹⁰⁹⁹ Précitée.

¹¹⁰⁰ Confirmant CE, 30 janvier 1980, *Violot*, n° 8834. *Rec.*, T. p. 1120.

¹¹⁰¹ Voir dans ce sens, R. Grand, *Sort des requêtes contenant des conclusions d'excès de pouvoir et demandant une indemnité*, note sous, CE, Sect., 9 décembre 2011, req. n° 337255, A, *Dalloz actualité* 14 décembre 2011.

pouvoir, le commissaire de gouvernement Keller invoqua, au-delà de la mesure d'exécution de la décision d'annulation dont le versement des intérêts faisait partie¹¹⁰², tout d'abord les frais d'avocat à exposer par le demandeur, qui pouvaient s'avérer supérieurs au montant des intérêts lui étant dus, comme l'avait précédemment rappelé la jurisprudence *Crégut*¹¹⁰³. On retrouvait ainsi la logique de l'arrêt *Lafage*. Le commissaire de gouvernement Keller insista ensuite sur des considérations liées à la bonne administration de la justice. L'exigence d'avocat, écrivit-il, est à la fois inutile et contraire à une bonne administration de la justice. Inutile, parce que, si la décision refusant le versement de la somme est annulée en excès de pouvoir, le requérant pourra de toute façon demander au débiteur de lui verser les intérêts. Et contraire à une bonne administration de la justice, car, si le débiteur persiste dans son refus, le requérant devra engager un nouveau litige devant le juge du plein contentieux, qui sera tenu d'accueillir sa demande, la seule différence étant que l'État risque d'être condamné, en outre, à rembourser les frais d'avocat du requérant. Le commissaire de gouvernement Keller insiste enfin sur la nécessité de renoncer à la jurisprudence *Crégut*, car elle débouche, estime-t-il, sur une solution inique qui constitue un véritable piège pour le justiciable. En effet, dans l'affaire *Crégut*, le requérant présentait à la fois des conclusions d'excès de pouvoir, car il avait attaqué le refus de lui verser des intérêts moratoires, et des conclusions de plein contentieux, car il avait demandé que l'administration fût condamnée à lui verser les intérêts en question. Ayant été invité à régulariser sa requête par l'intermédiaire d'un avocat au Conseil d'État, le requérant, ayant cru bien faire, avait renoncé à ses prétentions indemnitaires, comme l'a fait M. Marcou. C'est alors que le piège s'était refermé, car l'ensemble de la requête de M. Crégut a été jugé irrecevable, par un implacable raisonnement en deux étapes. Le Conseil d'État avait d'abord considéré, en application de la jurisprudence *Ministre de la défense c/ Delfau* du 7 novembre 1990 (n° 113217, Rec., T p. 649), que les conclusions indemnitaires initiales avaient donné à l'ensemble de la requête le caractère d'une demande de plein contentieux. La Haute juridiction administrative en avait déduit ensuite qu'en ayant abandonné ses conclusions indemnitaires, le requérant avait transformé sa requête de plein contentieux en requête d'excès de pouvoir, et s'était ainsi fondé sur une cause juridique distincte, ce qu'il n'était plus recevable à faire après l'expiration du délai de recours contentieux. On notera que,

¹¹⁰² CE, Sect., 17 mai 1968, *Ministre des affaires étrangères c/ Lanson*, n° 70547, Rec., p. 319. Et en application de l'article 1153 du Code civil, ces intérêts « sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte ». Selon le commissaire de gouvernement Labetoule : « Le raisonnement qui conduit à accorder des intérêts moratoires est un raisonnement "accessoire", et un raisonnement "objectif" qui n'implique aucune appréciation subjective, et qui ne s'éloigne pas vraiment de ce "procès fait à un acte" qu'est le recours en matière de pensions, recours de plein contentieux certes, mais recours pour illégalité. », concl. , dans l'affaire de *Section Ministre de l'équipement c/ Bonet* du 12 mars 1976, req., n° 98634.

¹¹⁰³ CE, 11 juillet 1991, *Crégut*, n° 91758, confirmant CE, 30 janvier 1980, *Violot*, n° 8834. Rec., T. p. 1120.

sur ce point, le Conseil d'État aurait pu appliquer la même solution à Monsieur *Marcou*, et rejeter l'ensemble de sa requête, alors même que c'est sur l'invitation du secrétariat de la 4^e sous-section du Conseil d'État que le requérant, comme Monsieur *Crégut*, a renoncé à ses conclusions indemnitaires afin de ne pas avoir à prendre un avocat ; mais la Haute juridiction administrative a préféré suivre son commissaire de gouvernement et renverser sa jurisprudence traditionnelle en ayant fait droit à la demande de Monsieur *Marcou*.

Prédites par le Professeur Pacteau¹¹⁰⁴, les perspectives ouvertes par la section du contentieux du Conseil d'État dans la décision *Marcou* ont effectivement eu un impact au-delà de la fonction publique, c'est-à-dire à l'égard de demandeurs autres que les agents publics. En effet, quelques mois plus tard, à savoir le 23 juillet 2012, le Conseil d'État a, dans son arrêt *Callou et autres*¹¹⁰⁵, jugé que les décisions prises par le Premier ministre sur le fondement des dispositions du décret du 10 septembre 1999, qui participe à l'indemnisation des préjudices de toute nature causés par les actions de l'État ayant concouru à la déportation, « sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (...) ; que, saisi de conclusions en ce sens, le juge administratif peut enjoindre à l'administration de prendre les mesures qu'impose nécessairement sa décision, notamment de procéder au réexamen des points encore en litige et de prendre, le cas échéant, une décision accordant en tout ou partie l'indemnisation demandée ; ».

Cependant, si la jurisprudence *Lafage*, dont les contours ont été précisés par la jurisprudence *Marcou*, conserve, aux dires des grands spécialistes de la jurisprudence administrative¹¹⁰⁶, sa valeur de principe, il n'en demeure pas moins que la solution retenue par le Conseil d'État dans ces deux espèces (*Marcou* et *Callou*) ravive le vieux débat sur les relations entre le recours pour excès de pouvoir et le recours de plein contentieux. Un débat que le Doyen Hauriou, et Jèze avant lui¹¹⁰⁷, croyaient réglé par la jurisprudence *Lafage*¹¹⁰⁸, à

¹¹⁰⁴ *J.C.P Adm.* 2012. 2175, précité.

¹¹⁰⁵ *Rec.*, p. 290.

¹¹⁰⁶ *G.A.J.A.*, précité, n° 22.

¹¹⁰⁷ « L'arrêt *Lafage*, dit-il, nous montre que la classification des recours doit se faire non pas d'après la décision prise par le juge, mais d'après la nature du problème juridique soumis au juge, ou, si l'on préfère, d'après la nature du droit invoqué devant le juge. Il y a, d'une part, les recours tendant à faire constater par le juge l'existence d'un pouvoir, d'un devoir légal ou réglementaire, d'un droit objectif, d'une obligation objective ; tel est le recours pour excès de pouvoir (ce n'est pas le seul). Il y a, d'autre part, les recours tendant à faire constater par le juge l'existence d'une situation juridique individuelle, d'un droit subjectif, d'une obligation subjective » : G. Jèze, *Le Conseil d'État saisi d'un recours pour excès de pouvoir est appelé essentiellement à constater la légalité d'un acte*, *R.D.P* 1912, p. 266. Voir également à ce propos, L. Duguit, *Droit constitutionnel*, précité.

savoir que « *toute requête, disait le Doyen Hauriou, qui ne vise que la légalité d'une décision administrative, envisagée à l'état exécutoire, et sans tenir compte des faits d'exécution ou de leurs conséquences, est une requête en excès de pouvoir* » et que « *toute requête qui vise les conséquences de l'exécution d'une décision administrative ou les conséquences d'une opération administrative est une requête en contentieux de la pleine juridiction, parce que ces conséquences sont forcément dominées par les principes du commerce juridique* ».

Dans cette hypothèse, le recours pour excès de pouvoir est allé jusqu'à se confondre avec le recours de pleine juridiction, en ce sens, qu'il a permis au requérant de faire valoir un droit pécuniaire dans un contentieux objectif, de pure légalité.

Au-delà de cette question purement théorique, liée à la classification des recours, la solution *Marcou* soulève des interrogations sur la nature du raisonnement suivi par le Conseil d'État pour résoudre cette affaire.

À vrai dire, on pourrait même parler dans cette affaire, à la lecture des deux considérants précédemment rappelés, d'un raisonnement quasi-mécanique du Conseil d'État. On notera en effet que la Haute juridiction administrative s'est bornée à de simples affirmations : « *lorsque sont présentées dans la même instance des conclusions tendant à l'annulation pour excès de pouvoir d'une décision et des conclusions relevant du plein contentieux tendant au versement d'une indemnité pour réparation du préjudice causé par l'illégalité fautive que le requérant estime constituée par cette même décision, cette circonstance n'a pas pour effet de donner à l'ensemble des conclusions le caractère d'une demande de plein contentieux* » ou encore « *...à l'occasion d'un litige portant sur le versement d'une somme d'argent, les conclusions ayant trait au principal et celles ayant trait aux intérêts sont de même nature ; ...il en résulte que, lorsqu'un requérant est recevable à demander, par la voie du recours pour excès de pouvoir, l'annulation de la décision administrative qui l'a privé de cette somme, il est également recevable à demander, par la même voie, l'annulation de la décision qui l'a privé des intérêts qui y sont attachés* ». Il n'en est rien du raisonnement opéré par la même juridiction un siècle auparavant dans sa jurisprudence *Lafage*, où la recevabilité de la requête avait été justifiée par la nature de la question posée au juge par cette voie de recours, à savoir la « **question de la légalité d'un acte**

¹¹⁰⁸ M. Hauriou, S., 1913, III, p. 1.

d'une autorité administrative », à laquelle le juge a répondu par un jugement d'annulation. Il n'en est rien non plus de l'argumentation de son commissaire de gouvernement *Pichat*, qui avait certes invoqué des considérations d'équité liées notamment aux frais de la procédure risquant de dépasser l'intérêt en jeu, mais n'avait, cependant, jamais oublié d'insister sur le caractère objectif de la demande dont le Conseil d'État avait été saisi, à savoir, nous l'avons déjà rappelé, la question de légalité de la décision du ministre ayant refusé l'allocation mais aussi et surtout le problème de la nature des moyens invoqués par le Sieur Lafage, lesquels avaient été des moyens de pure légalité. Et voici le raisonnement du commissaire de gouvernement *Pichat* dans cette affaire : « *Une décision est prise, qui dénie à un fonctionnaire le droit qu'il prétend avoir à telle allocation ou à tel chiffre d'allocation. Le recours pour excès de pouvoir, formé par le fonctionnaire contre cette décision, et tendant simplement à son annulation, est recevable. Toutes les conditions requises pour la recevabilité du recours pour excès de pouvoir sont, en effet, remplies; l'acte attaqué est une décision d'une autorité administrative; le moyen invoqué est un moyen d'illégalité, puisque le traitement est fixé par une loi ou un règlement; il n'y a pas d'action parallèle ouverte devant une juridiction autre que le Conseil d'État*».

Tel n'a pas été le cas, cependant, dans l'arrêt *Marcou*, où le commissaire de gouvernement s'est borné à soulever des considérations de pure opportunité, liées aussi bien, comme dans l'arrêt *Lafage*, aux frais de procédure qui risqueraient de dépasser l'intérêt en jeu qu'à la bonne administration de justice. Telle était dans son ensemble, l'argumentation du commissaire de gouvernement *Keller* pour justifier la recevabilité de la requête du Sieur *Marcou*, et qui se résumait à des considérations de pure opportunité. Le commissaire de gouvernement *Keller* n'a quasiment jamais fait référence au caractère objectif de recours pour excès de pouvoir, ni d'ailleurs à la nature de la question posée au juge par cette voie de recours, sinon pour citer un passage de son prédécesseur (le Président *Labetoulle*) dans ses conclusions sur l'affaire de Section *Ministre de l'équipement c. Bonet* en date du 12 mars 1976 n° 98634. Avec le raisonnement suivi par le Conseil d'État dans la décision *Marcou*, nous avons l'impression que la Haute juridiction administrative n'a fait que confirmer une solution antérieure !

La Haute Juridiction a-t-elle été sensible à l'argumentation de son commissaire de gouvernement, qui avait fait valoir des considérations d'équité pour justifier la recevabilité de la requête ? Il y a peu de doute à ce sujet. Qui ne souscrirait, au premier abord, à un tel

raisonnement d'un juge qui tranche un litige en équité, en tenant compte des considérations humaines et sociales en présence, d'un juge qui traite humainement les choses humaines.

Cependant, comme l'a parfaitement mis en avant, le Professeur Gaudemet, « *le recours systématique à l'équité exclut que le juge soit tenu au respect d'une méthode stricte dans la recherche de la solution juridictionnelle, qu'il soit assujetti au respect d'un certain ordre et de certaines priorités dans le choix des attitudes intellectuelles qu'il peut prendre, des arguments auxquels il peut avoir recours* ». « *En un mot, poursuit l'auteur, le recours exclusif à l'équité est fondamentalement une démarche subjective ; il interdit que le cheminement du juge soit jalonné de ces bornes que sont d'une part l'attention aux sources du droit, d'autre part le respect de certains procédés, de méthodes finalement. Et l'on voit immédiatement la critique majeure et sans doute dirimante qu'encourt le recours abusif à l'équité dans la conduite de la tâche juridictionnelle celui de subjectivisme ou, pour parler plus sévèrement, d'arbitraire* »¹¹⁰⁹.

Nous ne disons pas que l'équité ne devrait pas avoir sa place dans le raisonnement du juge administratif ; au contraire, celle-ci a bien évidemment tout son rôle à jouer dans le litige administratif, et encore plus dans celui du recours pour excès de pouvoir. Simplement, elle ne devrait pas être la source unique dans le raisonnement du juge, elle doit être combinée avec une méthode juridictionnelle objective, celle justement suivie cent ans auparavant dans sa jurisprudence *Lafage*.

¹¹⁰⁹ Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, L.G.D.J 1972, précité, p.20.

B. La possibilité de joindre à la demande d'annulation des conclusions aux fins d'injonction : la réforme du 8 février 1995 (art. L. 911-1 CJA)

La seconde atténuation à la logique de contrôle, qui caractérise le contentieux de l'excès de pouvoir, a été introduite par la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, codifiée, en ce qui concerne la procédure administrative, à l'article L. 911-1 du Code de justice administrative (CJA). Cette réforme, sur laquelle nous allons revenir avec davantage de développements dans le titre suivant, permet au requérant de joindre à sa demande d'annulation des conclusions à fin d'injonction, ce qui n'était pas le cas auparavant.

Saisi de conclusions en ce sens, lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, le juge prescrit, par la même décision, cette mesure, assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution. Le juge peut assortir sa décision de la fixation d'une astreinte (L. n° 80-539 du 16 juillet. 1980 [D. 1980. 286], art. 6-1, codifié à l'art. L. 911-3 CJA).

Contrairement à ce qu'on pourrait croire, la possibilité de joindre des conclusions d'injonction à une demande en annulation n'est pas une remise en cause du principe de l'irrecevabilité des conclusions principales à fin d'injonction et encore moins du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir. En effet, et ainsi que le rappelle un arrêt de principe du Conseil d'État, régulièrement réaffirmé¹¹¹⁰, en date du 21 juin 1995, *Mlle Boeuf* (req., n° 106701), « *en dehors de l'hypothèse où les mesures sollicitées constituent des mesures d'exécution d'une décision rendue par lui, il n'appartient pas au juge administratif d'adresser des injonctions à l'administration* ». Le Conseil d'État s'oppose donc à la recevabilité des requêtes dont l'unique objet est d'obtenir directement ce qui a été refusé au requérant par l'autorité administrative¹¹¹¹.

La possibilité de joindre à la demande d'annulation des conclusions aux fins d'injonction est ainsi limitée à l'exécution des décisions de justice : celles-ci « *ne peuvent*

¹¹¹⁰ Voir par exemple dans ce sens : CE, 28 février 1996, *Fauqueux*, req. n° 106582, *Rec.* p. 52 ; CE, 25 avril 2003, *M. X*, req. n° 241422 ; CE, 15 décembre 2006, *M. B.*, req. n° 289962.

¹¹¹¹ CE, 10 mars 1995, *Parsy*, req. n° 116359.

donc qu’être subsidiaires par rapport aux conclusions aux fins d’annulation. Elles n’ont d’ailleurs pas pour effet de changer la nature principale du contentieux, alors même que, lorsqu’il en est saisi, le juge doit se « comporter comme un juge de pleine juridiction », statuant « sur ces conclusions en tenant compte des éléments de fait et de droit existant à la date de sa décision »¹¹¹². Il n’y a donc pas, à nos yeux, de rapprochement en cette matière entre le recours pour excès de pouvoir et celui de plein contentieux.

¹¹¹² G. Pellissier, *Recours pour excès de pouvoir (Conditions de recevabilité), Répertoire de contentieux administratif*, janvier 2010 (actualisation : avril 2016). Voir dans ce sens, CE, 4 juillet 1997, *Épx Bourezak*, *Rec.* p. 278.

Section 2.

Un examen de la recevabilité de la requête opéré dans le strict respect de l'action administrative

Les réserves du juge administratif dans l'examen de la recevabilité de la requête en annulation trouvent également tout leur sens dans ce trait spécifique qui domine la procédure administrative contentieuse. Celle-ci se déroule en effet dans le strict respect de l'action administrative, en ce sens qu'elle est « *est aménagée de façon à ne pas entraver la bonne marche de l'Administration. En vertu du principe de l'effet non suspensif du recours, l'acte attaqué continue de s'appliquer. Sans doute, cette règle, corollaire du privilège du préalable (...) il n'était guère possible d'admettre que, par le simple effet du recours d'un particulier, l'Administration se vît privée de la faculté de mettre à exécution des décisions souvent urgentes : l'effet non suspensif est un mal nécessaire* »¹¹¹³.

¹¹¹³ P. Weil, D. Pouyaud, *Le droit administratif*, précité, p. 101.

§1. Les principes de l'examen *a posteriori* de l'action administrative et de l'absence d'effet suspensif des recours : principes protecteurs de l'administration

Si le recours pour excès de pouvoir a pour but de garantir le respect de la légalité et de protéger par là-même les administrés contre l'arbitraire administratif, il présente ce paradoxe que sa mise en mouvement est organisée dans le strict respect de l'action administrative, c'est-à-dire *que la requête par laquelle le litige est porté devant le juge de l'excès de pouvoir se déroule en marge de l'action administrative et sans entraver la marche régulière de celle-ci*. On exprime cette donnée en disant que, devant le juge administratif, les recours contentieux n'ont pas d'effet suspensif¹¹¹⁴. Il s'agit d'une des conséquences du privilège du préalable¹¹¹⁵ dont bénéficie l'administration dans l'exercice de son activité. À ce titre, il existe une présomption de légalité en faveur des actes de l'administration qui doivent, avant tout, trouver application, jusqu'à ce que le juge en décide autrement par un jugement d'annulation¹¹¹⁶.

Défini comme « *la règle fondamentale du droit public* »¹¹¹⁷, le principe de l'effet non suspensif des recours remonte au décret du 22 juillet 1806 qui disposait dans son article 3 : « *Le recours au Conseil d'État n'a pas d'effet suspensif sauf s'il en est autrement ordonné* ». Reprise à l'identique par les lois du 24 mai 1872 (art.24) et du 18 décembre 1940, ainsi que par l'ordonnance du 31 juillet 1945¹¹¹⁸, cette formule est aujourd'hui inscrite dans l'article 4 du Code de justice administrative, en vertu duquel: « *Sauf dispositions législatives spéciales, les requêtes n'ont pas d'effet suspensif s'il n'en est autrement ordonné par la juridiction* ». Justifiée par des considérations liées à la bonne marche des services publics¹¹¹⁹ ou encore par la nécessité de maintenir la séparation entre la juridiction administrative et l'administration

¹¹¹⁴ Voir dans ces sens, J. Moreau, *Droit administratif*, p. 212.

¹¹¹⁵ Voir dans ce sens, M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, précité, p. 361 ; B. Seiller, *Droit administratif*, Flammarion, T.I, 6^{ème} édition, précité, p. 209.

¹¹¹⁶ A. Mestre, *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'administration*, précité, p. 25.

¹¹¹⁷ CE, Ass., 2 juillet 1982, *Huglo et autres*, Rec., p. 257, A.J.D.A 1982, p.657, concl. J. Biancarelli, note B. Lukaszewicz, D. 1983, 327, note O. Dugrip, D. 1983. IR 270, note P. Delvolvé, *Rev. Adm.* 1982, p. 627, note B. Pacteau.

¹¹¹⁸ Voir dans ce sens, G. E. Lavau, *Du caractère non-suspensif des recours devant les tribunaux administratifs*, R.D.P 1950, p. 777 ; J. Carbajo, *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, L.G.D.J 1980, précité, p 228.

¹¹¹⁹ Voir dans ce sens, G. Jèze, *Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques*, R.D.P 1913, p. 294 et s ; M. Hauriou, *Précis de droits administratif et de droit public*, précité, p. 362 ; M. Hauriou, note sous, CE, 21 novembre 1913, *Larose*, S., 1915 III^{ème} part., p. 25 ; L. Philip, *Le sursis à l'exécution des décisions des juridictions administratives*, D. 1965, Chron., p. 219.

active¹¹²⁰, l'absence d'effet suspensif des recours avantage indiscutablement l'administration en lui offrant une sorte d'immunité juridictionnelle temporaire pour son action. Ainsi, même lorsqu'elle est citée devant le juge, l'administration, armée de prérogatives d'action d'office, continue toujours à exécuter toutes ses volontés d'une façon préalable¹¹²¹, sans crainte d'être paralysée par une multiplication de recours dilatoires des administrés, et cela jusqu'à ce qu'une décision juridictionnelle intervienne *a posteriori*¹¹²² pour contenir les éventuels excès.

Il s'agit là d'un trait spécifique de la procédure administrative contentieuse : celle-ci, telle qu'elle est organisée, s'articule en effet autour de la seule décision administrative et y trouve en quelque sorte sa raison d'être¹¹²³. L'administration prend une décision. Cette décision froisse des intérêts privés. Cela provoque une contestation, une résistance, qui se matérialisent par la naissance d'un litige (deux prétentions qui s'opposent), lequel sera soumis pour son règlement au juge administratif. Pour ces raisons, un recours en annulation ne peut être introduit que contre une décision administrative¹¹²⁴, et, comme celle-ci est par essence exécutoire¹¹²⁵ et qu'il n'y aura de censure du juge qu'*a posteriori*¹¹²⁶, il en résulte que les réclamations des administrés, qui n'interviennent que contre l'acte accompli, ne peuvent en arrêter l'exécution¹¹²⁷.

¹¹²⁰ En effet, « si tout recours était assorti d'un effet suspensif, il est bien évident que la séparation serait méconnue puisque l'administration d'exécutive deviendrait judiciaire » M. Tourdias, *Le sursis à exécution des décisions administratives*, L.G.D.J 1957, p. 12. Voir également dans ce sens, O. Dugrip, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF 1991, p. 211.

D'autres fondements ont également été avancés pour justifier l'effet non suspensif des recours. Ainsi, à titre d'exemple, pour le Président Odent « l'absence de caractère suspensif s'explique par les conditions mêmes dans lesquelles la procédure contentieuse administrative s'engage : un recours ne peut être introduit que contre une décision administrative. Cette décision est par elle-même exécutoire (...) il en résulte qu'un recours contentieux n'en paralyse pas l'exécution », *Contentieux administratif*, réédition Dalloz, t. I, précité, p. 726. Pour le Professeur Yves Gaudemet, ce principe s'explique par la « conception des relations de l'administration et de son juge et par une sorte de primauté reconnue, plus ou moins explicitement, à la norme administrative sur les droits des administrés, c'est-à-dire par des raisons politiques au sens le plus large du terme », *Le juge administratif et le prononcé du sursis*, A.J.D.A 1982, p. 629, spéc. p. 630.

¹¹²¹ M. Hauriou, *Introduction à l'étude du droit administratif français*, Rev. gén. adm., 1902, T. III, p. 392.

¹¹²² « ...c'est après coup qu'intervient sa censure », disait le Professeur Rivero, *Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir*, D. 1962, Chron., p. 37-40. Voir également dans ce sens, M. Waline, *Traité élémentaire de Droit administratif*, Sirey, 1952, p. 7 : les recours « sont déclenchés à l'initiative des administrés qui s'estiment lésés et a posteriori ».

¹¹²³ « C'a été dès le début l'acte qui s'est trouvé l'objet des réclamations et des recours », M. Hauriou, *Introduction à l'étude du droit administratif français*, précité, p. 388.

¹¹²⁴ C'est-à-dire contre une mesure imposée unilatéralement par l'administration.

¹¹²⁵ C'est-à-dire accomplie unilatéralement par une autorité publique et créant pour le tiers des droits ou des obligations. Voir dans ce sens, J. Rivero, J. Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 12^{ème} édition p. 344.

¹¹²⁶ Voir dans ce sens, M. Waline, *Traité élémentaire de Droit administratif*, précité ; R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, précité, T. I, 15^{ème} édition, n° 668.

¹¹²⁷ M. Hauriou, *Introduction à l'étude du droit administratif français*, Rev. gén. adm., 1902, T. III, précité, p. 392.

Cela dit, tant que le résultat du recours, par lequel l'action administrative est contestée, n'est pas proclamé, notamment par un jugement d'annulation, cette décision administrative, présumée légale¹¹²⁸, garde toute sa force obligatoire. Les particuliers qu'elle a atteints ne peuvent en aucun cas invoquer la seule saisine du juge pour se soustraire à son autorité. « *Les réclamations ou recours de administrés ne sont point par eux-mêmes suspensifs* »¹¹²⁹.

Le principe de l'absence d'effet suspensif des recours a souvent été interprété comme le corolaire de celui interdisant au juge d'adresser des injonctions administratives. Combiné avec ce dernier, le principe d'absence d'effet suspensif des recours témoigne une fois de plus de cette volonté du Conseil d'État, que nous avons déjà souligné dans le titre précédent, de marquer une rupture avec ce qui a été autrefois son office sous le régime de la justice retenue.

Le recours pour excès de pouvoir a définitivement acquis au caractère juridictionnel. Celui qui met en mouvement cette voie de recours ne s'adresse plus à un supérieur hiérarchique, mais bel est bien à un juge chargé du seul contrôle. Ce contrôle, qui n'est donc pas préventif, intervient *a posteriori*, « *ne peut neutraliser la position toujours privilégiée de l'administration, qui a la faculté de l'action directe, procédant par des décisions directement exécutoires (...) l'acte administratif a, dès sa naissance, une force exécutoire qui donne à l'administration la faculté de procéder à ce que l'on appelle l'« action directe», c'est-à-dire que l'acte devient exécutoire du fait qu'il a été dûment émis (...)* »¹¹³⁰.

¹¹²⁸ Cette présomption de légalité est justifiée selon la doctrine par le fait que la décision administrative intervient en application ou pour l'application de la loi, et qu'elle emprunte à celle-ci sa force, et elle a immédiatement puissance et autorité. Voir dans ce sens : R.-G. Schwartzberg, *L'autorité de chose décidée*, L.G.D.J., 1969, précité, p.77

¹¹²⁹ M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, précité, p. 364.

¹¹³⁰ M. D. Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, précité, pp. 20 et 35.

§ 2. Dérogation au principe de l'absence d'effet suspensif des recours

S'il n'est pas possible pour les particuliers, en règle générale, de paralyser, par un simple pourvoi, l'action administrative, un tempérament a néanmoins été apporté à ce trait spécifique de la procédure administrative contentieuse¹¹³¹, lorsque l'action administrative risque de porter une atteinte grave à des intérêts légitimes des administrés. Dans cette hypothèse, les requérants peuvent demander au juge, par la procédure dite du référé¹¹³², la suspension à titre provisoire de la décision qu'ils critiquent, et cela jusqu'à ce qu'il soit statué au fond sur leur demande.

Nous allons revenir sur cette procédure dans nos développements ultérieurs, mais nous pouvons d'ores et déjà rappeler quelques règles régissant cette dernière. Il s'agit, tout d'abord, d'une procédure *rapide*, qui offre au juge le pouvoir de suspendre à titre provisoire une décision administrative¹¹³³. Elle est donc une exception notoire à la règle fondamentale selon laquelle les recours contentieux n'ont pas d'effet suspensif. Il s'agit, ensuite, d'une procédure *annexe*, qui se situe dans le cadre d'une instance principale. Cela signifie que la demande de suspension ne sera recevable que si une instance principale (demande en annulation) est engagée contre la décision litigieuse¹¹³⁴. Il s'agit, enfin, d'une procédure provisoire qui ne peut en aucun cas empiéter sur l'instance principale. À ce propos, l'article L. 511-1 du code de justice administrative est suffisamment explicite : « *Le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire. Il n'est pas saisi du principal et se prononce dans les meilleurs délais* ». Telles sont les principales règles qui régissent la procédure des référés ; elles se résument en une procédure d'urgence provisoire.

¹¹³¹ Voir dans ce sens, G.A.J.A 11^{ème} édition, p. 330.

¹¹³² Cette procédure s'est substituée à celle du sursis à exécution qui existait dès 1806.

¹¹³³ Cette suspension peut n'être que partielle. Voir dans ce sens par exemples : CE, 11 juillet 2001, *Sté-Trans-Ethylène*, Rq., n° 231692 et n° 231862 p. 373, *Dr. adm.* 2001 p. 36, note M.-Y. Benjamin), à propos de la décision des premiers juges de suspendre un arrêté approuvant le tracé de détail d'une canalisation de transport de produits chimiques et établissant les servitudes sur le territoire des communes concernées en tant qu'il concernait trois secteurs de la canalisation ; CE, 9 juillet 2001, req., n° 235638, Rec., p. 337 : suspension d'un arrêté de « couvre-feu » concernant les mineurs en tant seulement qu'il s'applique sur un secteur de la ville où une telle mesure n'est pas justifiée ; CE, 1^{er} août 2002, *Association France Nature Environnement et autres*, req., n° 248988, Rec., T. p. 861 : suspension d'un arrêté relatif aux dates d'ouverture de la chasse en tant qu'il concerne seulement le canard colvert.

¹¹³⁴ Voir dans ce sens, l'art. R.522-1 CJA al. 2 : « À peine d'irrecevabilité, les conclusions tendant à la suspension d'une décision administrative ou de certains de ses effets doivent être présentées par requête distincte de la requête à fin d'annulation ou de réformation et accompagnées d'une copie de cette dernière ». Et pour son application : CE, 27 août 2001, *Mme Oliva*, req., n° 236502.

Il en résulte que les pouvoirs du juge administratif dans ce domaine sont limités, puisque le juge des référés ne peut ordonner que des mesures provisoires, lesquelles ne peuvent en aucun cas préjudicier la solution de l'instance principale¹¹³⁵. « *Il ne faut pas, disait à ce propos le Professeur Charles Debbasch, que, sous prétexte d'urgence, on amène insensiblement le juge à statuer sur le fond (...)* »¹¹³⁶. En effet, « *dans de telles procédures, le juge des référés est un juge de l'évidence superficielle. Il est là pour statuer rapidement. Or, un juge qui statue rapidement, qui doit se prononcer "dans les meilleurs délais" selon l'expression consacrée, ne peut pas prétendre tout épuiser de façon définitive. Comme l'a dit un éminent privatiste, "le provisoire est la rançon de la célérité"* » rappelle pour sa part le Professeur Benoît Plessix¹¹³⁷.

C'est ainsi que le juge des référés ne saurait, par exemple, prononcer l'annulation d'un acte administratif¹¹³⁸, ni enjoindre à l'administration la délivrance d'un visa ou d'un titre de séjour¹¹³⁹, la publication d'un emploi vacant¹¹⁴⁰, ni ordonner à un président d'établissement public de prendre position quant à la suite à donner à la délibération du bureau adoptant le principe de sa révocation¹¹⁴¹, le retrait d'une décision¹¹⁴², le défrichement d'un terrain¹¹⁴³ ou la réinscription d'un administré sur une liste¹¹⁴⁴. Ledit juge ne pourrait pas davantage enjoindre au président de la République de suspendre l'état d'urgence¹¹⁴⁵, ni titulariser un agent public¹¹⁴⁶, etc.¹¹⁴⁷.

Toutes ces mesures sont en effet des mesures définitives et irréversibles. Elles emportent des effets en tous points identiques à ceux qui résulteraient de l'exécution par l'autorité administrative de la décision par laquelle le juge de l'excès de pouvoir viendrait, le cas échéant, à prononcer l'annulation de la décision de refus attaquée, comme l'a rappelé le

¹¹³⁵ B. Genevois, concl., sous CE, Sect., 9 décembre 1983, *Ville de Paris*, Rec., p. 499, A.J.D.A 1984, p. 82, chron. B. Lasserre et J.-M. Delarue.

¹¹³⁶ Ch. Debbasch, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, précité, 308.

¹¹³⁷ B. Plessix, *Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé*, R.F.D.A, 2007, p. 76

¹¹³⁸ CE, 24 janvier 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis*, Rec., p. 37.

¹¹³⁹ CE, 10 avril 2001, *Nasser Merzouk*, Rec., T. p. 1135.

¹¹⁴⁰ CE, 9 juillet 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Le Berre*, Rec., T. p. 1121

¹¹⁴¹ CE, 29 avril 2002, *Capellari*, Rec. T. p. 876.

¹¹⁴² CE, 3 juillet 2003, *Commune de Collioure*, Rec. T. p. 933.

¹¹⁴³ CE, 20 octobre 2004, *Ministre de l'Agriculture, de l'Alimentation, de la Pêche et des Affaires rurales c/ Consorts Jaboulet*, Rec. T. p. 824

¹¹⁴⁴ CE, 15 décembre 2005, *Marcon*, Rec. T. p. 1038.

¹¹⁴⁵ CE, 9 décembre 2005, *Mme Allouache et autres*, Rec. p. 562.

¹¹⁴⁶ CE, 13 février 2006, *Commune de Fontenay-le-Comte*, A.J.D.A 2006, p. 1126.

¹¹⁴⁷ Voir dans ce sens, B. Plessix, *Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé*, R.F.D.A 2007, p. 76.

Conseil d'État dans sa décision *Ministre de l'Intérieur c/ Le Berre* (Rec. T. p. 1121) en date du 9 juillet 2001¹¹⁴⁸.

En raison du caractère provisoire de la procédure des référés, le Conseil d'État a, dans sa décision de Section *Société des autocars garonnais* en date du 3 octobre 1958, régulièrement confirmée¹¹⁴⁹, dénié toute autorité de chose jugée à une ordonnance de référé¹¹⁵⁰, ladite décision n'ayant qu'un caractère provisoire et ne faisant aucunement préjudice au principal¹¹⁵¹. Il en résulte que le juge des référés qui a enjoint au maire d'une commune, non de réexaminer la demande du requérant ou de reconduire son contrat dans l'attente d'une solution au fond du litige, mais de le titulariser dans un délai de deux mois à compter de la notification de son ordonnance, « *a ordonné une mesure qui, eu égard à l'objet et aux effets de la titularisation d'un agent public dans un cadre d'emplois de la fonction publique, ne présentait pas le caractère d'une mesure provisoire (...) a ainsi méconnu l'étendue des pouvoirs qu'il tient des articles L. 511-1 et L. 521-1 du code de justice administrative* »¹¹⁵².

Cependant, cela ne veut pas dire que les décisions du juge des référés ne sont ni exécutoires ni obligatoires. En effet, comme l'a rappelé le Conseil d'État dans sa décision *Association convention vie et nature pour une écologie radicale* en date du 5 novembre 2003 (req. n° 259339)¹¹⁵³, « *si, eu égard à leur caractère provisoire, les décisions du juge des référés n'ont pas, au principal, l'autorité de la chose jugée, elles sont néanmoins, conformément au principe rappelé à l'article L.11 du code de justice administrative, exécutoires et, en vertu de l'autorité qui s'attache aux décisions de justice, obligatoires* ».

Toujours dans cette même décision, la Haute juridiction administrative a, également, rappelé qu'aux termes du même code, le juge des référés « *statue* » (article L. 511-1) et peut

¹¹⁴⁸ Précité. Voir également dans ce sens B. Plessix précité.

¹¹⁴⁹ Voir dans ce sens CE, Sect., 9 décembre 1983, *Ville de Paris*, Rec., p. 499, concl. B. Genevois, A.J.D.A 1984, p. 82, chron. B. Lasserre et J.-M. Delarue ; CE, 5 novembre 2003, *Association Convention Vie et nature pour une écologie radicale*, req. n° 259339, A.J.D.A 2003, p.2253 , chron. F. Donnat et D. Casas ; CE, 11 décembre 2015, *Commune de Colmar*, req. n° 383625.

¹¹⁵⁰ Pas plus d'ailleurs qu'un jugement qui intervient à titre provisoire à l'occasion d'un appel formé contre le jugement de sursis du tribunal administratif. Voir dans ce sens, CE, Ass. 2 juillet 1982, *Huglo et autres*, Rec., p. 257, précité.

¹¹⁵¹ CE, Sect., 3 octobre 1958, *Société des autocars garonnais*, Rec., p. 468.

¹¹⁵² CE, 13 février 2006, *Commune de Fontenay-le-Comte*, A.J.D.A 2006, p. 1126, préc.

¹¹⁵³ Précité.

« *ordonner la suspension de l'exécution* » d'une décision administrative, ou de certains de ses effets (article L. 521-1).

Par ailleurs, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du CJA et qu'il constate une atteinte grave et manifestement illégale portée par une personne morale de droit public à une liberté fondamentale, le juge des référés peut, en vue de prendre les mesures provisoires qui sont de nature à faire disparaître les effets de cette atteinte et lorsqu'aucune mesure de caractère provisoire n'est susceptible de satisfaire cette exigence, en particulier lorsque les délais dans lesquels il est saisi ou lorsque la nature de l'atteinte y font obstacle, enjoindre à la personne qui en est l'auteur de prendre toute disposition –des mesures autres que provisoires¹¹⁵⁴– de nature à sauvegarder l'exercice effectif de la liberté fondamentale en cause¹¹⁵⁵. Des mesures que le juge des référés peut, à tout moment, au vu d'un élément nouveau, modifier ou y mettre fin (cf. art. L. 521-4 CJA).

¹¹⁵⁴ C. de Gaudemont, *Le juge du référé-liberté peut enjoindre une mesure autre que provisoire*, *Dalloz actualité* 17 avril 2007, note sous CE, Ord. réf., 30 mars 2007, *Ville de Lyon*, n° 304053.

¹¹⁵⁵ CE, Ord. réf., 30 mars 2007, *Ville de Lyon*, req., n° 304053, précité. Voir également dans ce sens, CE, 31 mai 2007, *Syndicat CFDT Interco 28*, req. n° 298293, *A.J.D.A* 2007, p. 1237, chron. F. Lenica et J. Boucher.

Conclusion du Titre I.

La conclusion qui se dégage de ce titre consacré à l'étude de l'efficacité de l'intervention du juge dans la phase introductive d'instance révèle la double préoccupation du juge de l'excès de pouvoir : garantir au requérant un accès facile au prétoire et, surtout, préserver l'activité administrative en évitant de la paralyser injustement. Nous avons vu ainsi un juge à la fois secourable au requérant et vigilant à l'égard des intérêts de l'administration. Dans ces deux situations, on retrouve à juste titre le principe, consacré il y a plus d'un siècle par le Tribunal des conflits dans sa décision Blanco du 8 février 1873, qui régit cette nouvelle branche de droit qu'est le droit administratif (droit de l'administration) et qui la distingue des autres disciplines juridiques, à savoir qu'elle a « *ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et [qui imposent] la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés* ». Envisagé sous cet angle, l'efficacité du contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir doit garantir un juste équilibre entre le légitime besoin qu'a tout Etat de droit de voir sanctionner par le juge la violation de la loi et celui de préserver l'intérêt général. Appliquée à la phase introductive d'instance juridictionnelle, le juge de l'excès de pouvoir témoigne à ce propos à la fois d'une grande souplesse dans l'appréciation de la recevabilité d'une demande en annulation et d'une certaine vigilance quant à la préservation du fonctionnement régulier du service public.

TITRE II : LA RECHERCHE DE L'EFFICACITÉ LORS DU RÈGLEMENT DU LITIGE

Nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer dans le titre précédent l'attitude désormais bienveillante du juge administratif dans la phase introductive d'instance, aussi bien à l'égard du requérant, en lui évitant notamment les pièges de la fin de non-recevoir qui l'auraient éventuellement fait succomber et cela « *en adaptant, en simplifiant, quelquefois même en supprimant des formalités procédurales* »¹¹⁵⁶, qu'à l'égard de l'administration, en aménageant la procédure juridictionnelle de façon à ne pas entraver la bonne marche de son action.

Nous allons tenter de démontrer que ce rôle actif du juge se manifeste également dans la solution du litige **Chapitre 1** et même après **Chapitre 2** afin de garantir l'effectivité de ses décisions. Cela s'inscrit dans le cadre notamment de la protection effective du justiciable et le rétablissement de la légalité qui, selon la Cour européenne des droit de l'homme, impliquent l'obligation pour l'administration de se plier à la chose jugée et si cette dernière refuse ou omet de s'exécuter, ou encore tarde à le faire, les garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales perdraient toute raison d'être¹¹⁵⁷.

¹¹⁵⁶ R. Odent, *Le destin des fins de non-recevoir*, in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, T. 2, L.G.D.J, 1974, précité, pp. 653 à 654.

¹¹⁵⁷ C.E.D.H, 19 mars 1997, Hornsby c. Grèce, affaire n° 18357/91, Rec., CEDH 1997-II, AJDA 1997, p. 977, obs. Flauss, JCP G 1997, II, 22949, obs. Dugrip et Sudre)

Chapitre 1 :

L'efficacité du contrôle analysée sous l'angle de la solution du litige

Deux procédés au moins illustrent ce rôle actif du juge administratif dans la solution du litige administratif. Le premier consiste dans le pouvoir, dont dispose désormais le juge administratif, d'intervenir, en cas d'urgence, par des mesures préventives provisoires, notamment pour paralyser une décision administrative et la priver de tout effet, et cela jusqu'au jugement au fond du litige. Le second réside dans cette faculté, également offerte au juge administratif, de tolérer une certaine marge d'illégalité dans l'action administration, afin de la préserver cette dernière d'une éventuelle sanction d'annulation injustifiée¹¹⁵⁸.

Le premier sert les intérêts du requérant, le seconde ceux de l'administration, et dans les deux cas, l'intervention du juge ayant davantage pour objet protéger des intérêts en présence que de trancher, en fonction de la règle de droit, les litiges qui lui sont soumis.

Ainsi, nous allons voir dans ce chapitre le juge intervenir par un « dispositif préventif » pour mettre fin provisoirement à une illégalité avant que celle-ci ne puisse produire aucun effet (**Section 1**), mais également par un « dispositif rectificatif ou neutralisant » en tolérant volontairement une certaine marge d'illégalité dans l'action administrative (**Section 2**).

¹¹⁵⁸ A. Mestre, *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'administration*, précité, p.45.

Section 1 : Le dispositif préventif : le juge statue en urgence par des mesures provisoires

La possibilité pour le juge administratif de statuer en urgence par des mesures provisoires a été consacrée par la réforme du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives. Saisi dans ce sens d'une demande recevable, le juge des référés peut ainsi intervenir rapidement, dans les temps, et mettre fin, « *d'une façon provisoire* », à illégalité commise par l'administration, et cela avant même que cette illégalité ait produit un quelconque effet dans le temps¹¹⁵⁹.

Deux hypothèses sont à distinguer : la première est celle d'une requête urgente faisant état d'un « moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision » attaquée (le référé-suspension) (§1) ; la seconde est celle de l'urgence à sauvegarder une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale (le référé-liberté) (§2).

¹¹⁵⁹ Ce qui n'était, effectivement, pas le cas sous l'empire du sursis à exécution où le juge, parce qu'il est trop lent lorsqu'il lui est demandé de statuer en urgence, était parfois « *contraint de prononcer un non-lieu à statuer sur une demande de sursis si, prenant mal la mesure de l'urgence qui s'attachait à cette demande, la décision s'est trouvée complètement exécutée avant qu'il ne se prononce sur la demande. Il n'y a en effet plus d'utilité à statuer sur une demande de sursis d'un permis de construire si la maison est entièrement construite, ce qui peut paraître d'autant plus regrettable si, se prononçant sur le fond, le juge annule la décision !* » F. Colcombet, *Rapport fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale*, n° 2002, 8 décembre 1999, p. 5.

§ 1. L'hypothèse à suspendre l'exécution d'un acte administratif : le référé-suspension

Succédant à la procédure¹¹⁶⁰ trop lente¹¹⁶¹, trop contraignante¹¹⁶² et difficile d'accès¹¹⁶³ du sursis à exécution, le référé-suspension permet au juge d'ordonner la suspension de l'exécution d'une décision administrative, même de rejet¹¹⁶⁴, ou de certains de ses effets, et

¹¹⁶⁰ Voir dans ce sens, B. Pacteau, « *Il [le référé-suspension] est l'héritier direct du sursis à exécution* », *Manuel de contentieux administratif*, PUF 3^{ème} édition, n° 222.

¹¹⁶¹ En effet, sous le régime de sursis à exécution, le principe était par exemple celui de la compétence des formations collégiales, statuant selon la procédure ordinaire (à peu de choses près). Dans ces conditions, la décision du juge n'intervient parfois qu'au terme d'un long délai. Voir dans ce sens, R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n°1549.

De même, « *le juge des référés ne peut adresser d'injonctions à l'administration ni prendre de mesure efficace face à une situation de fait ou à un refus opposé par l'administration* », D. Labetoulle, *Le projet de réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif*, A.J.D.A, 1999, p. 79.

¹¹⁶² En effet, les conditions de fond d'octroi du sursis à exécution, telles qu'elles ont été définies par le décret du 30 juillet 1963 (art. 54), à savoir que le sursis à exécution ne peut être ordonné que « *si l'exécution de la décision attaquée risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables et si les moyens énoncés dans la requête paraissent ... sérieux et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée* », étaient très restrictives. Ce qui a fait que la procédure d'urgence n'était utilisée que « *rarement et avec circonspection* », rappelle à ce propos le Président Labetoulle, *Le projet de réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif*, A.J.D.A, 1999, précité, p. 79.

S'agissant du risque de « *conséquences difficilement réparable* », le sursis était réservé, comme l'a justement rappelé le Professeur Pacteau (*Manuel du contentieux administratif*, n° 223, précité) plutôt aux démolitions, destructions ou édifice ou encore à la sauvegarde d'intérêt individuels, familiaux et sociaux. Mais il y avait bien réserve du juge au moins devant les préjudices mineurs ou seulement économiques. Dans ce dernier cas, c'est-à-dire, « *quand les décisions litigieuses apparaissent comme ne devant emporter que des conséquences pécuniaires, la perspectives d'allocation de dommage-intérêts ne laissait que peu chances au demandeur d'obtenir le sursis à exécution* » (R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n° 1555, précité).

S'agissant de la condition du moyen « *sérieux et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée* », celle-ci « *a été très strictement entendue par la pratique jurisprudentielle. Si bien qu'elle s'est peu à peu confondue avec celle de « moyen fondé ». Ce fut une déviation, le juge de l'urgence se comportant alors en juge du principal. C'est cette déviation – cause de lenteur à statuer (une étude approfondie du dossier étant nécessaire) et contribution à la rareté de l'octroi du sursis (les décisions illégales étant moins nombreuses que celles qui paraissent l'être) – qui a été largement à l'origine du fait qui n'est guère discuté : l'institution du sursis à exécution a mal rempli sa fonction* » (R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} édition, n° 1555, précité).

¹¹⁶³ En effet, jusqu'en 1974, par exemple, il n'était pas possible d'obtenir le sursis à exécution des décisions qui « *intéressent l'ordre public* » (CE, Ass., 23 juillet 1974, *Ferrandiz Gil Ortega, Rec.*, p. 447, A.J.D.A 1974, p. 423, chron. M. Franc et M. Boyon, *Gaz. Pal.* 1975, 1, p.231, note B. Pacteau, *R.D.P* 1975, p. 278, note R. Drago).

De même également, « *jusqu'à la veille de l'entrée en vigueur du Code de justice administrative, rappelle le Professeur Chapus, une jurisprudence remontant à 1970 et fondée sur l'absence de qualité des juges administratifs pour adresser des injonctions à l'administration, a consacré une solution selon laquelle « ils ne peuvent donc, en principe, ordonner le sursis à l'exécution d'une décision qui leur déféré qui si cette décision est exécutoire* ». Ce qui signifie qu'ils n'avaient pas « *le pouvoir d'ordonner qu'il sera sursis à l'exécution d'une décision de rejet, sauf dans le cas où le maintien de cette décision entrainerait une modification dans la situation de droit ou de fait telle qu'elle existait antérieurement* » (CE, Ass., 23 janvier 1970, *Amoros et autres, Rec.*, p. 51, A.J.D.A 1970, p. 609, chron. D. Labetoulle et P. Cabanes, *R.D.P* 1970, p. 1035, note M. Waline) », *Droit du contentieux administratif*, n° 1552 précité.

S'agissant, enfin, de la procédure d'urgence, celle-ci « *manque de spécificité par rapport à la procédure de droit commun. Il y a peu de place pour l'oralité des débats ; la collégialité reste la règle. Il y a, enfin, peu de souplesse pour fixer les délais d'instruction et de jugement* », D. Labetoulle, *Le projet de réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif*, A.J.D.A, 1999, p. 79, précité.

¹¹⁶⁴ CE, Sect., 20 décembre 2000, Ouatah, *Rec.*, p. 643, concl. F. Lamy, A.J.D.A 2001, p.146, chron. M. Guyomar et p. Collin, *L.P.A* mars 2001, n° 55, note, P. Mallot. Rappelons que cet arrêt a été rendu avant l'entrée

cela jusqu'au jugement du recours principal¹¹⁶⁵. Ce faisant, le juge remet spontanément en cause le privilège d'action d'office de l'administration active en jetant sur elle un soupçon d'irrégularité.

en vigueur de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative. « La loi avait devancé la jurisprudence ; la jurisprudence aura rattrapé la loi », B. Pacteau, *Manuel de contentieux administratif*, n° 226, précité.

¹¹⁶⁵ Voir dans ce sens, R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 1547.

A. Le pouvoir du juge d'ordonner la suspension de l'exécution d'une décision administrative ou de certains de ses effets

Saisi en ce sens d'une demande recevable¹¹⁶⁶, le juge administratif du référé-suspension¹¹⁶⁷, statuant seul¹¹⁶⁸, prend « des mesures qui présentent un caractère provisoire »¹¹⁶⁹, en l'état de l'instruction, au jour où il statue¹¹⁷⁰. Ainsi, il peut ordonner la suspension de la décision attaquée¹¹⁷¹, laquelle peut n'être que partielle¹¹⁷² ou encore temporaire¹¹⁷³, voire suspendre seulement « certains de ses effets »¹¹⁷⁴.

De même, s'il lui apparaît que la suspension qu'il ordonne implique nécessairement que l'autorité administrative prenne une mesure dans un sens déterminé, le juge des référés peut également, saisi de conclusions en ce sens lorsque la suspension d'une décision à

¹¹⁶⁶ C'est-à-dire d'une demande urgente (Art. R. 522-1 CJA La requête visant au prononcé de mesures d'urgence doit contenir l'exposé au moins sommaire des faits et moyens et **justifier de l'urgence de l'affaire**), dont est en cause une vraie décision administrative et passible de recours, qu'elle entre bien dans la compétence du juge administratif (CE, 29 avril 2013, *Syndicat d'agglomération nouvelle du Val d'Europe et la commune de Chessy*, req., n° 364058), que le requérant ait intérêt à la contester, que le recours ne soit pas tardif, c'est-à-dire la décision dont la suspension est demandée n'a pas produit tous ses effets (CE, 27 juin 2006, *Association Etablissement régional Léo Lagrange de Rhône-Alpes-Auvergne*, req., n° 277048 ; CE, 15 février 2006, *Association Ban Asbestos France et autres*, req., n° 288801-288811), qu'elle ait été présentée selon les formes et conditions légales, que les préalables au contentieux aient été satisfaits. Voir dans ce sens B. Pacteau, *Manuel de contentieux administratif*, précité, n° 225.

¹¹⁶⁷ Selon l'article Article L. 511-2 CJA : « **Sont juges des référés les présidents des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ainsi que les magistrats qu'ils désignent à cet effet et qui, sauf absence ou empêchement, ont une ancienneté minimale de deux ans et ont atteint au moins le grade de premier conseiller. Pour les litiges relevant de la compétence du Conseil d'État, sont juges des référés le président de la section du contentieux ainsi que les conseillers d'État qu'il désigne à cet effet** ».

¹¹⁶⁸ Cependant, « *Lorsque la nature de l'affaire le justifie, le président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel ou, au Conseil d'État, le président de la section du contentieux peut décider qu'elle sera jugée (...) par une formation composée de trois juges des référés, sans préjudice du renvoi de l'affaire à une autre formation de jugement dans les conditions de droit commun* ». Article L. 511-2 CJA, modifié par (L. n° 2016-483 du 20 avril 2016, art. 62-9°)

¹¹⁶⁹ Art. L. 511-1 CJA.

¹¹⁷⁰ Voir dans ce sens, D. Costa, *Contentieux administratif*, LexisNexis, 2011, n° 653.

¹¹⁷¹ Voir dans ce sens : CE, ord., 26 avril 2001, *Fondation Lenval*, req. n° 231870 : suspension de l'exécution de l'arrêté du 26 septembre 2000 par lequel le directeur de l'agence régionale de l'hospitalisation de Provence-Alpes-Côte d'Azur a fixé l'annexe opposable, pour la périnatalité, au schéma régional d'organisation sanitaire de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur.

Et plus récemment : CE, Ord., 6 février 2017, *Ligue pour la protection des oiseaux*, req. n° 407349 : suspension de l'exécution de la décision de la ministre de l'environnement, de l'énergie et de la mer, chargée des relations internationales sur le climat, ordonnant à l'administration chargée de la police de la chasse de ne pas verbaliser les chasseurs tirant les oies cendrées jusqu'au 12 février 2017.

¹¹⁷² CE, Ord., 6 juin 2013, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, req. n° 368816.

¹¹⁷³ CE, ord., 6 septembre 2013, *Association des producteurs de cinéma*, req., n° 370627.

¹¹⁷⁴ Art. 1. 521-1 CJA ; CE, Ord., 29 avril 2010, *M. M.*, req. n° 338462.

Il faut rappeler néanmoins que la possibilité pour le juge de suspendre seulement certains effets d'une décision administrative existe avant cette réforme : CE, 17 juillet 1936, *Mouvement social français des Croix-de-Feu*, Rec., p. 789 ; CE, Sect., 18 mai 1945, *Compagnie générale française des tramways*, Rec., p. 101 ; CE, 28 septembre 1990, *Durant*, Rec., T. p. 923.

caractère exécutoire est demandée¹¹⁷⁵, et de sa propre initiative dans le cas de décisions administratives de rejet¹¹⁷⁶, assortir la mesure de suspension de l'indication des obligations provisoires qui en découleront pour l'autorité administrative¹¹⁷⁷.

Les mesures ordonnées par le juge peuvent aller au-delà d'un simple réexamen de la demande dont l'administration était saisie : tel est le cas par exemple, de l'injonction faite par le Conseil d'État au ministre de la Défense d'admettre un candidat dans une école de sous-officiers de gendarmerie dans l'attente de l'intervention du jugement du tribunal administratif sur son recours pour excès de pouvoir formé contre la décision rejetant sa candidature¹¹⁷⁸.

Toutefois, et parce « *qu'il n'est pas saisi du principal* »¹¹⁷⁹ et que les injonctions qu'il prononce demeurent toujours provisoires, réversibles¹¹⁸⁰, le juge des référés ne doit pas faire préjudice au principal. C'est-à-dire qu'il ne doit pas préjuger le fond de l'affaire¹¹⁸¹ ni, sans méconnaître ses pouvoirs de juge de l'urgence, ordonner une mesure qui aurait des effets en tous points identiques à ceux qui résulteraient de l'exécution par l'autorité administrative d'un jugement annulant la décision administrative contestée. C'est ainsi, par exemple, que le juge des référés ne peut ordonner, sans méconnaître ses pouvoirs, la communication d'un document administratif dont le droit d'accès était litigieux¹¹⁸², la délivrance d'un visa ou d'un titre de séjour¹¹⁸³, la titularisation d'un agent public à qui la titularisation a été refusée¹¹⁸⁴, la

¹¹⁷⁵ CE, Sect., 28 février 2001, *Philippart et Lesage*, req., n°230112, *R.F.D.A* 2001, p. 390, concl. D. Chauvaux, *D.* 2002, p. 2225, obs. R. Vandermeeren : le juge des référés a suspendu la décision du Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes rejetant une demande d'autorisation d'installation et a assorti le prononcé de cette suspension d'une injonction au Conseil de l'Ordre de délivrer aux requérants, dans un délai de huit jours, une autorisation provisoire.

¹¹⁷⁶ CE, Sect., 20 décembre 2000, *Ouatah*, req. n°206745; *A.J.D.A* 2001, p.146, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *R.F.D.A* 2001, p. 371, concl. F. Lamy (décision rendue toujours sous l'empire du sursis à exécution) ; CE, 27 juillet 2001, *Ministre de l'emploi c/ Vedel*, req. n° 232603 ; CE, 15 avril 2005, *Sté Socrate*, req. n° 271600.

¹¹⁷⁷ Voir dans ce sens : *Code de justice administrative*, Dalloz, note n° 62 sous article L. 521-1.

¹¹⁷⁸ CE, 20 mai 2009, *Ministre de la défense*, req. n° 317098.

¹¹⁷⁹ Art. L. 511-1 *CJA*.

¹¹⁸⁰ « *Considérant (...) que ces mesures doivent en principe présenter un caractère provisoire, (...) que ce caractère provisoire s'apprécie au regard de l'objet et des effets des mesures en cause, en particulier de leur caractère réversible* » : CE, 31 mai 2007, *Syndicat CFDT Interco 28*, req. n° 298293, *A.J.D.A* 2007, p. 1237, chron. F. Lenica et J. Boucher.

¹¹⁸¹ CE, 1^{er} mars 2001, *Paturel*, Rec., T. p.1134 ; -, Sect., 14 mars 2001, *Ministre de l'intérieur c/ Mme A.*, req. n° 229773 ; CE, 9 juillet 2001, *Le Berre*, req. n° 232818 ; CE, 13 juillet 2006, *Commune de Fontenay-Le-Comte*, req. n°285184 ; CE, 20 mai 2009, *Ministre de la défense c/ M. N.*, req. n° 317098.

¹¹⁸² CE, 1^{er} mars 2001, *Paturel*, Rec., T. p.1134. Voir dans ce sens : B. Pacteau, *Manuel de contentieux administratif*, précité, n° 228.

¹¹⁸³ CE, Sect., 14 mars 2001, *Ministre de l'intérieur c/ Mme A.*, req. n° 229773.

¹¹⁸⁴ CE, 13 juillet 2006, *Commune de Fontenay-Le-Comte*, req. n°285184. Voir dans le même sens, à propos de l'injonction d'admettre un candidat de s'inscrire dans une école : CE, 20 mai 2009, *Ministre de la défense c/ M. N.*, req. n° 317098.

publication d'un emploi¹¹⁸⁵, le retrait de la décision de refus d'accostage sur le domaine public portuaire¹¹⁸⁶, la mise en œuvre de l'enquête prévue par l'article 5-7 du décret du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène et à la sécurité¹¹⁸⁷. De même, il n'appartient pas, eu égard à son office, au juge des référés, qui statue en urgence, de faire usage des pouvoirs conférés au juge du fond, comme par exemple celui de surseoir à statuer, pouvoir conféré au juge du fond par l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme, pour permettre la régularisation de l'autorisation contestée¹¹⁸⁸.

Par ailleurs, et même si ses décisions sont exécutoires et, en vertu de l'autorité qui s'attache aux décisions de justice, obligatoires¹¹⁸⁹, les mesures d'urgence prescrites par le juge des référés demeurent, selon le principe dégagé antérieurement par la jurisprudence, dépourvues de l'autorité de la chose jugée¹¹⁹⁰, et cela tant à l'égard du magistrat lui-même qui les a décidées, lequel peut, en effet, les modifier ou encore y mettre fin à tout moment, si une personne intéressée en fait la demande, en cas d'éléments nouveaux¹¹⁹¹, qu'à l'égard du juge du principal, qui –lui- pourra toujours se prononcer en sens contraire ou dans un sens différent de celui du juge de l'urgence¹¹⁹².

¹¹⁸⁵ CE, 9 juillet 2001, *Le Berre*, req. n° 232818.

¹¹⁸⁶ CE, 2 juillet 2003, *Commune de Collioure*, req. n° 257971.

¹¹⁸⁷ CE, 23 octobre 2015, *Min. c/ Syndicat départemental CGT des agents Direccte 76 et autres*, req. n° 386649.

¹¹⁸⁸ CE, 22 mai 2015, *SCI Paolina*, req. n° 385183 : « il n'appartient pas, eu égard à son office, au juge des référés, qui statue en urgence, de faire usage des pouvoirs conférés au juge du fond par l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme et de surseoir à statuer pour permettre au bénéficiaire de régulariser l'autorisation contestée ; que, par suite, l'ordonnance attaquée n'est pas entachée d'une erreur de droit sur ce point ».

¹¹⁸⁹ Voir dans ce sens, art. L.11 CJA. Et pour une illustration jurisprudentielle : CE, Sect., 5 novembre 2003, *Association convention vie et nature pour une écologie radicale et Association pour la protection des animaux sauvages*, Rec. p. 444, A.J.D.A 2003, p.2253, chron. F. Donnat et D. Casas, *ibid.* p. 2225, tribune P. Cassia, R.F.D.A 2004, p.601, concl. F. Lamy, *réité*.

¹¹⁹⁰ Voir dans ce sens, R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 1518.

¹¹⁹¹ Art. L. 521-4 C.J.A.

Voir dans par exemple : CE, Ord., 20 septembre 2002, *Garde des Sceaux c/ Ozoux*, req. n° 249894. Dans cette affaire, le juge des référés a mis fin à la suspension d'un refus de nomination d'un magistrat à la Réunion après que le Conseil supérieur de la magistrature a donné un avis conforme à sa nomination dans un emploi situé dans ce département et devenu entre-temps vacant.

¹¹⁹² CE, Sect., 3 octobre 1958, *Société des autocars garonnais*, Rec. p. 468 ; CE, Sect., 9 décembre 1983, *Ville de Paris*, Rec., p. 499, concl., B. Genevois, A.J.D.A 1984, p. 82, chron. B. Lasserre et J.-M. Delarue ; CE, Sect., 5 novembre 2003, *Association convention vie et nature pour une écologie radicale et Association pour la protection des animaux sauvages*, Rec. p. 444, A.J.D.A 2003, p.2253, chron. F. Donnat et D. Casas, *ibid.* p. 2225, tribune P. Cassia, R.F.D.A 2004, p.601, concl. F. Lamy.

Voir dans ce sens, R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 1518

L'ordonnance de référé n'a pas non plus de portée rétroactive, et prend effet uniquement à la date à laquelle elle est notifiée à l'auteur de la décision attaquée, son point de départ ne peut pas non plus être reporté¹¹⁹³.

Cela dit, lorsqu'il statue en urgence, le juge des référés doit s'abstenir de toute mesure qui impliquerait « *une prise de position sur une question touchant au fond du droit ou qui, par son objet, [porterait] sur le fond du droit* »¹¹⁹⁴.

Toutefois, en dépit du caractère provisoire de ses décisions, qui implique qu'après le jugement en référé le procès reste toujours « *entier* »¹¹⁹⁵, certaines décisions du juge administratif des référés sont bel et bien des décisions définitives et préjugent en conséquence le jugement au fond. Considérons par exemple, l'ordonnance des référés n° 304053 en date du 30 mars 2007 (*Ville de Lyon*¹¹⁹⁶) par laquelle le Conseil d'État a confirmé la décision du juge des référés du tribunal administratif de Lyon du 15 mars 2007, ayant statué en référé sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative qui avait suspendu l'exécution de la décision par laquelle le maire de Lyon avait refusé de louer une salle municipale à l'association locale pour le culte des Témoins de Jéhovah de Lyon-Lafayette et qui avait enjoint au maire de louer cette salle ou une salle équivalente à cette association pour la soirée du 2 avril 2007. Dans cette affaire, le fait pour le Conseil d'État de confirmer, le 30 mars 2007, la suspension de la décision du maire de Lyon ayant refusé de louer la salle municipale et l'injonction faite à ce dernier de louer celle-ci ou de proposer une salle équivalente à l'association requérante pour la soirée du 2 avril 2007, date à laquelle la fête religieuse était prévue, a incontestable vidé de toute substance la décision administrative litigieuse, puisque cela a équivalu ni plus ni moins à une annulation : la décision de suspension a eu en elle-même tous les effets d'une annulation et est alors devenue, de fait, définitive. On imagine mal comment le juge du fond pourrait un jour, en cas de poursuite du litige au-delà de l'intervention du juge du référé, remonter le temps et prononcer autre chose qu'une annulation ! Et même si on suppose qu'il le fera un jour, sa décision serait purement platonique voire sans objet, puisqu'on présume que le maire s'est conformé à la décision du

¹¹⁹³ CE, 15 juin 2001, *Tonguino*, req. n° 230623.

¹¹⁹⁴ Grévisse, concl., sous CE, Sect., 14 mars 1958, *Secrétaire d'État à la Reconstruction et au logement* ; A.J.D.A 1958.II, p. 93.

¹¹⁹⁵ Ch. Debbasch, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, L.G.D.J 1962, précité, 309.

¹¹⁹⁶ A.J.D.A 2007, p. 1242, note S. Damarey.

juge des référés et qu'il a autorisé l'association à célébrer la fête religieuse dans la salle municipale prévue trois jours après la décision du Conseil d'État.

Un exemple, plus récent (CE, 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme, M. B...D...et M. A...C...*, req. n° 402742), particulièrement caractéristique, permet également d'affirmer que, dans certaines hypothèses, les décisions du juge des référés peuvent exceptionnellement revêtir un caractère définitif. Dans cette affaire, le Conseil d'État a, sur pourvoi en cassation, annulé l'ordonnance n°s 1603508 et 1603523 du 22 août 2016, par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Nice, ayant statué en référé sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, avait rejeté la demande des requérants ayant visé à ordonner la suspension de l'exécution des dispositions du 4.3 de l'article 4 de l'arrêté du 5 août 2016 du maire de la commune de Villeneuve-Loubet portant règlement de police, de sécurité et d'exploitation des plages concédées par l'État à la commune de Villeneuve-Loubet. On imagine mal également comment le Conseil d'État, qui, dans cette affaire, rappelons-le, a statué en formation collégiale, pourrait un jour revenir sur l'objet de sa décision, en mettant par exemple fin à la suspension qu'il avait ordonnée, ou rejeter la demande principale en annulation de l'article 4.3 de l'arrêté du maire de Villeneuve-Loubet qui était, il faut le préciser, applicable uniquement du 15 juin 2016 au 15 septembre 2016. Par ailleurs, dans cette affaire, l'ordonnance du Conseil d'État n'a pas moins eu en elle-même « *une autorité provisoire de chose jugée* », et cela aussi bien à l'égard de la Haute juridiction administrative elle-même qui, statuant toujours en formation collégiale, a réitéré quasiment le même dispositif dans son ordonnance en date du 26 septembre 2016, *Association de défense des droits de l'homme - Collectif contre l'islamophobie en France* (n° 403578), qui ordonna la suspension de l'exécution de l'arrêté du 24 août 2016 du maire de la commune de Cagnes-sur-Mer (Alpes-Maritimes) portant interdiction d'accès aux plages et de baignade à toute personne n'ayant pas une tenue correcte, qu'à l'égard des juridictions inférieures, puisque, rappelons-le, plusieurs maires ont également pris des arrêtés dont l'objet était similaire à celui du maire de Villeneuve-Loubet ou encore à celui du maire de Cagnes-sur-Mer, arrêtés sanctionnés par le juge des référés en application de l'ordonnance des référés du Conseil d'État¹¹⁹⁷.

¹¹⁹⁷ On peut également invoquer une autre affaire, non moins médiatisée que la précédente, où le Conseil d'État, par une ordonnance en date du 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, avait confirmé l'arrêté en date du 7 janvier 2014 du préfet de la Loire-Atlantique portant interdiction du spectacle « Le Mur » prévu le 9 janvier 2014 à Saint-Herblain. On imagine mal également le juge du fond revenant dans cette affaire sur la décision du juge des référés et annulant par exemple la décision du préfet de la Loire-Atlantique interdisant la tenue du spectacle « Le Mur ».

On peut, enfin, citer comme dernier exemple l'arrêt de section *Philippart et Lesage* (CE, Sect., 28 février 2001, req. n°230112 ; R.F.D.A 2001, p. 390, concl. D. Chauvaux ; D. 2002, p. 2225, obs. R. Vandermeeren, précité) relatif à une affaire dans laquelle le juge des référés, ayant statué sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, a suspendu la décision du Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes rejetant une demande d'autorisation d'installation, et assorti le prononcé de cette suspension d'une injonction au Conseil de l'Ordre de délivrer aux requérants, dans un délai de huit jours, une autorisation provisoire. On aurait du mal à concevoir une solution lors du jugement au fond de cette affaire- autre que l'annulation de la décision du Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes ayant rejeté une demande d'autorisation d'installation !

Pour mesurer l'apport de la procédure de référé dans toutes ces affaires, il faut rappeler l'état du droit antérieur et le comparer avec la célèbre affaire *Benjamin*¹¹⁹⁸, dont la conférence du 11 mars 1930 n'a jamais eu lieu, puisque l'annulation de l'arrêté municipal l'ayant interdite est intervenue le 19 mai 1933, soit plus de trois ans après.

¹¹⁹⁸ CE, 19 mai 1933, *Rec.*, p. 541 ; S. 1943.3.1 concl. Michel, note Mestre, *G.A.J.A* n°44.

B. Un pouvoir remettant spontanément en cause le privilège d'action d'office de l'administration active : de la présomption de légalité au soupçon d'irrégularité

La possibilité pour le requérant d'obtenir du juge des référés qu'il ordonne la suspension de l'exécution d'une décision administrative litigieuse, ou de certains de ses effets¹¹⁹⁹, est, à nos yeux, la contrepartie indiscutable du privilège d'action d'office (privilège du préalable) ou encore de la présomption de légalité qui, jusqu'alors, confortait l'administration dans son action unilatérale, une action qu'elle exécute elle-même, sans passer par l'intermédiaire d'un juge pour l'ordonner¹²⁰⁰.

Rappelons, en effet, que le caractère exécutoire des décisions administratives est érigé par le Conseil d'État, nous l'avons vu, en « *règle fondamentale de droit public* »¹²⁰¹ ; en conséquence, les particuliers doivent obéissance à l'administration, même lorsqu'il s'agit d'une décision administrative particulièrement absurde ou franchement illégale, et cela tant qu'un juge ne l'a pas annulée, puisque les recours n'ont point d'effet suspensif, sauf dispositions spéciales contraires¹²⁰².

Loin d'être une véritable innovation, car des exceptions au caractère non suspensif des recours existaient bel et bien dans le droit antérieur¹²⁰³, l'originalité de la procédure de référé-suspension, mise en place par la réforme de 2000, réside néanmoins dans cette faculté qu'a le juge des référés d'ordonner la suspension d'une décision administrative « *sans détenir une*

¹¹⁹⁹ Art. L. 521-1 *CJA* ; l'article L. 5212 du *CJA* vise « toutes mesures nécessaires ».

¹²⁰⁰ Voir dans ce sens, M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 12^{ème} édition 1933, p. 361, précité.

¹²⁰¹ CE, Ass., 2 juillet 1982, *Huglo et autres*, *Rec.* p. 258, précité.

¹²⁰² Art. L. 4 *CJA*. Cet article prolonge une compétence reconnue au Conseil d'État depuis 1806 par l'article 3 du décret du 22 juillet 1806.

¹²⁰³ À ce propos on peut citer, par exemple, la loi du 10 juillet 1976 créant un régime particulier de sursis à exécution en matière de projets de travaux exigeant une étude d'impact, puis la loi du 12 juillet 1983 étendant ce régime aux enquêtes publiques relatives à la protection de l'environnement. La loi du 2 mars 1982 qui permet au préfet de saisir le juge administratif d'un sursis à exécution prononcé dans le délai de quarante-huit heures lorsque l'acte d'une collectivité locale est de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle. L'introduction du référé-provision par le décret du 2 septembre 1988 ; la loi du 10 janvier 1990 qui introduit un recours spécial contre les arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière : le juge administratif est saisi dans un délai de vingt-quatre heures et doit statuer dans les quarante-huit heures ; les lois des 4 janvier 1992 et 29 janvier 1993 instituent le référé précontractuel qui s'applique en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence dans la passation des marchés publics. Enfin, la loi du 8 février 1995 dote le juge administratif à la fois d'un pouvoir d'injonction et d'un pouvoir de « suspension » de l'exécution d'un acte administratif. Textes de lois cités par D. Labetoulle, in *Le projet de réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif*, A.J.D.A., 1999, précité.

certitude absolue sur le moyen pouvant justifier l'annulation de la décision ni approfondir par trop l'instruction »¹²⁰⁴.

Concrètement, il suffit au requérant d'introduire dans l'esprit dudit juge¹²⁰⁵ un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée pour que ce dernier, en extrapolant¹²⁰⁶ cette illégalité, accède à sa demande et prononce la suspension de la décision litigieuse.

Cela dit, la mesure de suspension qui était autrefois, sous l'empire du sursis à exécution, « une quasi-exception », ordonnée « *rarement et avec circonspection* »¹²⁰⁷ et à la condition d'une quasi-certitude d'annulation¹²⁰⁸, pour prévenir des préjudices difficilement réparables¹²⁰⁹, devient avec la procédure de référé une véritable mesure de « *précaution* »¹²¹⁰, qui peut être ordonnée au moindre doute sérieux sur la légalité de l'acte contesté¹²¹¹.

Placée sous le signe de l'urgence, la procédure de référé, une fois admise, permet ainsi au requérant de renverser le privilège de préalable, qui, nous l'avons dit, conforte

¹²⁰⁴ F. Colcombet, *Rapport fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale*, n° 2002, 8 décembre 1999, p. 5.

¹²⁰⁵ Voir dans ce sens, D. Bailleul, *Le procès administratif*, L.G.D.J 2014, p. 83.

¹²⁰⁶ Terme utilisé par M. Fouletier, *La réforme des procédures d'urgence : le nouveau référé administratif*, R.F.D.A 2000, p.963.

¹²⁰⁷ D. Labetoulle, *Le projet de réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif*, A.J.D.A, 1999, p. 79.

¹²⁰⁸ En effet, le requérant devait justifier d'un moyen sérieux de nature, en l'état du dossier, à justifier l'annulation de l'acte attaqué. Troisième alinéa de l'article R. 125 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Cette condition, comme le rappelle le Professeur Pacteau, « *a l'inconvénient d'impliquer un débat qui peut à la fois réduire la liberté du juge du fond par une sorte de pré-jugement d'excès de pouvoir, et de retarder l'instance même de référé en y introduisant des controverses aiguës et ambiguës* ». *Manuel de droit du contentieux administratif*, précité, n° 224.

Voir également dans ce sens : F. Colcombet, *Rapport fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale*, n° 2002, 8 décembre 1999, p. 5, qui précise que « *l'exigence d'un moyen " sérieux et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée" (...) conduit de facto le juge administratif à engager une réflexion approfondie sur la légalité de l'acte contesté et, ce faisant, " à prolonger l'instruction au-delà de ce qui serait souhaitable au regard de l'urgence, voire à ne pas statuer sur la demande de sursis en hâtant l'instruction de l'affaire au fond afin de la régler définitivement"* ».

¹²⁰⁹ « *Concrètement, le sursis était alors réservé plutôt aux démolitions, destructions ou édifications (...) Encore le juge savait-il être attentif à la sauvegarde d'intérêts individuels, familiaux et sociaux ...* », B. Pacteau, *Manuel du contentieux administratif*, n° 223, précité.

¹²¹⁰ Terme utilisé par G. Eckert, *Du sursis à exécution au référé-suspension*, in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexion sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, P.U.S, p.122 ou encore par M. Fouletier, *La réforme des procédures d'urgence : le nouveau référé administratif*, R.F.D.A 2000, p.963.

¹²¹¹ Voir dans ce sens, G. Eckert, *Du sursis à exécution au référé-suspension*, in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexion sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, P.U.S, p.122, précité. Voir également dans ce sens, M. Fouletier, *La réforme des procédures d'urgence : le nouveau référé administratif*, R.F.D.A 2000, p.963, précité : « *Certes, en n'exigeant qu'un doute sérieux, pour prononcer la suspension d'un acte administratif, le législateur laisse entendre au juge qu'il peut désormais statuer en appliquant un principe de précaution eu égard à l'urgence de la situation. Dès lors qu'un moyen est avancé, et à condition qu'il ne soit pas dilatoire ou fantaisiste, il fera naître un doute sérieux sur la légalité de la décision, et le juge, en extrapolant cette illégalité, pourra prononcer la suspension de l'acte litigieux* ».

l'administration dans son action unilatérale, au profit, cette fois-ci, d'un soupçon « d'irrégularité »¹²¹² qui pèsera sur l'action administrative¹²¹³.

Dans cette hypothèse, le doute profitera davantage à l'administré (requérant), lequel est présumé lésé dans ses droits par la décision dont il demande la suspension, et cela tant que le juge des référés n'en a pas décidé autrement, en mettant fin, par exemple, aux mesures qu'il avait, auparavant, ordonnées, ou encore tant que le juge du fond n'a pas statué sur le recours principal.

En déclenchant la procédure d'urgence, le requérant a ainsi l'assurance de traiter d'égal à égal avec l'administration puissance publique. Ainsi, leurs relations « *s'en trouvent rééquilibrées, sans qu'il faille attendre pour cela la décision au fond intervenant au terme d'un long processus (ce qui suggérerait qu'il fallait attendre longtemps pour se convaincre que la puissance publique avait agi illégalement)* »¹²¹⁴.

On peut même affirmer que, dans certaines hypothèses, la situation du requérant est privilégiée par rapport à l'administration. Il en va ainsi dans des contentieux tels que celui de l'urbanisme, pour ce qui concerne, par exemple, la délivrance du permis de construire, la décision de préemption¹²¹⁵, les arrêtés de cessibilité en matière d'expropriation¹²¹⁶, que celui des étrangers, pour ce qui concerne les décisions d'expulsion, de refus de renouvellement du titre de séjour ou encore du retrait de celui-ci par l'autorité administrative¹²¹⁷, et plus récemment en matière de décisions d'assignation à résidence prises sur le fondement de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence¹²¹⁸, puisque le requérant-demandeur de suspension est alors dispensé de l'obligation d'établir la preuve de l'urgence, qui pèse en principe sur lui, l'urgence étant dans ces cas de figure présumée.

¹²¹² Nous disons bien irrégularité et non pas illégalité car la décision du juge des référés reste toujours provisoire.

¹²¹³ « *On passe d'une situation dans laquelle l'administration était censé avoir toujours raison (et la présomption ne cédait que si l'on démontrait d'une manière quasi irréfutable que tel n'est pas le cas en espèce) à un état du droit qui intègre la possibilité d'une illégalité commise par l'administration* », P. Wachsmann, *Une révolution dans les rapports entre le juge et l'administration ?* In, *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexion sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, P.U.S, p. 100, précité.

¹²¹⁴ P. Wachsmann, *Une révolution dans les rapports entre le juge et l'administration ?* In, *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexion sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, P.U.S, p. 100, précité.

¹²¹⁵ CE, 27 juillet 2001, *Commune de Meudon*, req. n° 231991 ; -, 13 novembre 2002, *Hourdin*, Rec., p. 396.

¹²¹⁶ CE, 5 décembre 2014, *Consorts L.*, req. n° 369522.

¹²¹⁷ CE, Sect. 14 mars 2001, *Ministre de l'intérieur c/ Mme Ameur*, req. n° 229773.

¹²¹⁸ CE, Sect., 11 décembre 2015, *M. D.*, req. n°395009. Voir dans ce sens, *Le juge des référés, Les dossiers thématiques du Conseil d'État décembre 2015*. Accessible In [www.Conseil d'État.fr](http://www.Conseil-d-Etat.fr); précité.

C'est alors, en conséquence, à l'administration défenderesse qu'il revient de se justifier, de prouver le contraire de ce qui lui est reproché par le requérant.

§2. L'hypothèse de l'urgence à sauvegarder une liberté fondamentale : le référé-liberté

L'autre hypothèse dans laquelle le juge administratif pourra statuer en urgence par des mesures provisoires est celle visant à sauvegarder une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Saisi dans ce sens, le juge administratif des référés peut ainsi ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde de cette liberté ; ce faisant, il satisfait directement les intérêts subjectifs du requérant.

Avant de poursuivre nos développements, nous tenons à justifier notre choix d'intégrer la procédure de référé liberté dans notre sujet de recherche. Nous estimons, en effet, que cette procédure constitue un recours pour excès de pouvoir aménagé, afin de tenir compte de la gravité des situations en jeu. Il s'agit pour le juge d'intervenir d'une façon efficace (c'est-à-dire dans les temps et en prenant toutes mesures nécessaires) pour répondre à une décision irrégulière de l'administration (dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, dit l'article L521-2 du CJA) ayant porté une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

A. Possibilité, pour le juge des référés, d'ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale

Ce fut-là, incontestablement, l'apport majeur de la réforme du 30 juin 2000. Un juge qui, statuant dans les quarante-huit heures, peut ordonner toutes mesures nécessaires¹²¹⁹ à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale¹²²⁰. Ainsi, une fois saisi d'une demande recevable, laquelle, rappelons-le est dispensée du ministère d'avocat¹²²¹, le juge du référé-liberté¹²²² informe sans délai les parties de la date et de l'heure de l'audience publique¹²²³. Ces dernières sont convoquées sans délai et par tous moyens à cette audience¹²²⁴.

Les délais les plus brefs leur sont donnés pour fournir leurs observations. Ceux-ci doivent être rigoureusement observés, faute de quoi il est passé outre sans mise en demeure¹²²⁵. L'ordonnance de référé, une fois rendue, est notifiée sans délai et par tous moyens aux parties¹²²⁶, et prend effet à partir du jour où la partie qui doit s'y conformer en reçoit notification¹²²⁷. Le juge des référés peut toutefois décider que l'ordonnance sera exécutoire aussitôt qu'elle aura été rendue.

¹²¹⁹ Il s'agit bien évidemment de mesures urgentes, c'est-à-dire « *qui présentent un caractère provisoire* » (Art. L. 511-1 *CJA.*), car le juge des référés ne peut, quand même, pas faire usage des pouvoirs conférés au juge du fond, en prononçant, par exemple, l'annulation de la décision attaquée.

Voir dans ce sens : CE, 24 janvier 2001, *Université de Paris 8*, Rec., p. 37. Dans cette affaire, le Conseil d'État a censuré la décision du juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise, qui, saisi par M. X... sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, a annulé la décision du 8 décembre 2000 du président de l'université de Paris 8 Saint-Denis refusant de l'inscrire à la préparation d'un diplôme d'études approfondies (DEA) de droit médical et, par voie de conséquence, a enjoint à l'université de procéder dans un délai de huit jours, sous astreinte de 500 F par jour de retard, à cette inscription.

Voir également dans ce sens, CE, 9 décembre 2005, *Alouche*, Rec., p. 562. Dans cette dernière espèce, le Conseil d'État a jugé que « *l'injonction sollicitée aurait la même portée que celle qui résulterait de l'annulation du refus du Président de la République de prendre le décret mettant un terme à l'état d'urgence au motif qu'il ne pouvait légalement s'abstenir de le prendre, alors que le juge des référés ne peut ordonner que des mesures à caractère provisoire sans être habilité à prescrire des mesures qui présenteraient des effets en tous points identiques à ceux qui résulteraient de l'exécution par l'autorité administrative d'un jugement annulant pour défaut de base légale une décision administrative* ».

¹²²⁰ Art. L. 521-1 *CJA.*

¹²²¹ Art. R. 522-5 *CJA.*

¹²²² Cela est valable également pour le juge du référé-suspension.

¹²²³ Art. L. 522-1 *CJA.*

¹²²⁴ Art. R. 522-6 *CJA.*

¹²²⁵ Art. R. 522-4 *CJA.*

¹²²⁶ Art. R. 522-12 *CJA.*

¹²²⁷ Art. R. 522-13 *CJA.*

Le juge de l'urgence sait se montrer très directif¹²²⁸ lorsque l'action ou la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes ou la soumet à un traitement inhumain ou dégradant, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Un exemple récent (CE, 8 mars 2017, *Assistance Publique - Hôpitaux de Marseille*, req. n° 408146), particulièrement caractéristique, permet de saisir les différentes mesures pouvant être ordonnées par le juge du référé-liberté. Dans cette affaire, le juge du référé-liberté a, d'une part, **ordonné la suspension de l'exécution de la décision du 4 novembre 2016**, prise par l'équipe médicale de l'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille (AP-HM), de mettre un terme au traitement thérapeutique et de débrancher l'appareil respiratoire qui maintenait la fille (M. D.) des requérants en vie et, d'autre part, **ordonné le rétablissement des soins** et, enfin, **prescrit une expertise médicale**, au besoin après avis de toute personne dont la compétence ou les connaissances étaient de nature à éclairer utilement la juridiction¹²²⁹.

Dans une autre espèce (CE, réf., 30 juillet 2015, *Section française de l'observatoire des prisons et autre*, req. n° 392043), le Conseil d'État avait également ordonné, à titre provisoire, une série de mesures afin d'améliorer l'organisation du service pénitentiaire, à **savoir la mise en œuvre, dans les meilleurs délais, des trois prescriptions de la sous-commission départementale pour la sécurité contre les risques d'incendie et de panique relatives respectivement à la dotation de l'accueil des familles d'un moyen d'alarme, à la demande d'autorisation de travaux pour la modification du système de sécurité incendie et à la réalisation d'un diagnostic de sécurité sur le désenfumage de la partie hébergement homme aient reçu un commencement d'exécution**. La Haute juridiction avait également enjoint à l'administration pénitentiaire de prendre, dans les meilleurs délais, **toutes les mesures qui apparaîtraient de nature à améliorer, dans l'attente d'une solution pérenne, les conditions matérielles d'installation des détenus durant la nuit** ou encore de prendre, dans les meilleurs délais, **toute mesure de nature à assurer et à améliorer l'accès aux produits d'entretien des cellules ainsi à des draps et couvertures propres**¹²³⁰.

¹²²⁸ Le dispositif de son ordonnance, assorti de la formule exécutoire prévue à l'article R. 751-1, peut même être communiquée sur place aux parties, qui en accusent réception, Art. R. 522-13 CJA.

¹²²⁹ Voir également dans ce sens, CE, Ass., 14 février 2014, *Mme Lambert*, req. n°375081 ; CE, Réf. 30 juillet 2015, *Section française de l'observatoire des prisons et autres*, req., n° 392043. Le juge a ordonné une mesure d'organisation des services.

¹²³⁰ Voir dans le même sens en ce qui concerne les défaillances d'une administration pénitentiaire : CE, ord., 22 décembre 2012, *Section française de l'observatoire international des prisons*, req., n°364584.

En outre, eu égard à son office et aux enjeux attachés à son intervention (sauvegarder une liberté fondamentale), le juge du référé-liberté peut, lorsque les circonstances de l'espèce le justifient, assouplir les conditions de recevabilité de la demande dont il est saisi.

C'est ainsi que le Conseil d'État a, notamment, jugé un mineur non émancipé, ne disposant pas, en principe, de la capacité pour agir en justice, recevable à saisir le juge des référés pour, d'une part, solliciter un hébergement qui lui avait été refusé par le département auquel le juge judiciaire l'avait confié¹²³¹ ou une admission au bénéfice de l'aide juridictionnelle provisoire et pour, d'autre part, à demander qu'il soit enjoint au département de le prendre en charge au titre de l'aide sociale à l'enfance¹²³².

Enfin, et parce qu'il est appelé, par cette procédure, à préserver une liberté fondamentale, le juge du référé-liberté a souvent donné une interprétation relativement large de celle-ci. Et cela, qu'il s'agisse notamment de la liberté d'aller et venir¹²³³, de la liberté d'expression¹²³⁴, de la liberté d'opinion¹²³⁵, du droit d'asile¹²³⁶, du droit de mener une vie familiale normale¹²³⁷, du droit de propriété¹²³⁸, du droit au respect de la vie¹²³⁹ ou de la libre administration des collectivités territoriales¹²⁴⁰.

La possibilité pour le juge du référé-liberté, juge unique, de statuer dans un délai aussi bref (quarante-huit heures) ne va pas sans soulever la question du risque d'erreur pouvant entacher sa décision. En effet, c'est un fait indéniable : « *plus l'urgence existe, plus les risques d'erreur ou d'injustice sont à redouter, a fortiori pour un juge statuant seul* »¹²⁴¹ ; une « *erreur dont l'évitement est d'autant plus impérieux que, par principe, il n'y aura pas d'appel pour la corriger* »¹²⁴².

¹²³¹ CE, ord., 12 mars 2014, *M. K.*, req. n° 375956.

¹²³² CE, 30 décembre 2011, *M. B.*, req. n° 350458.

Voir dans ce sens, pour le référé suspension, s'agissant le défaut d'habilitation à agir du président de l'association requérante : CE, 13 décembre 2005, *Commune de Cabriès*, req. n° 280329.

¹²³³ CE, ord., 9 janvier 2001, *M. D.*, req. n° 228928.

¹²³⁴ CE, ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c/ société Les production de la plume et M. M.*, req. n° 374508 ; CE, ord., 6 février 2015, *Commune de Cournon-d'Auvergne*, req. n° 387726.

¹²³⁵ CE, Sect., 28 février 2001, *M. C.*, req. n° 229163.

¹²³⁶ CE, ord., 12 janvier 2001, *Mme H.*, req. n° 229039.

¹²³⁷ CE, 30 octobre 2001, *Ministre de l'intérieur c/ Mme*, req. n° 238211.

¹²³⁸ CE, Ord., 21 novembre 2002, *Société Gaz de France*, req. n° 251726 ; -, ord., 23 janvier 2013, *Commune de Chirongui*, req. n° 365262.

¹²³⁹ CE, Sect., 16 novembre 2011, *Ville de Paris et Société d'économie mixte PariSeine*, req. n°s 353172-353173.

¹²⁴⁰ CE, Sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles et M. M.*, req., n° 229247. Voir dans ce sens, *Le juge des référés, Les dossiers thématiques du Conseil d'État décembre 2015*. Accessible In [www.Conseil d'État.fr](http://www.Conseil-d-Etat.fr); précité.

¹²⁴¹ J.-P. Denizet, *Les reconduites à la frontière*, *L.P.A* 14 mars 2001, n° 52, p. 13.

¹²⁴² M. Fouletier, *La réforme des procédures d'urgence : le nouveau référé administratif*, *R.F.D.A* 2000, p. 963.

Le risque d'erreur est particulièrement à redouter lorsque le juge du référé-liberté décide, par exemple, de mettre en œuvre la procédure dite de « tri » prévue à l'article L. 522-3 du Code de justice administrative, procédure permettant de rejeter la demande dont il est saisi par une ordonnance motivée, mais sans audience ni débat contradictoire, lorsque ladite demande « *ne présente pas un caractère d'urgence ou lorsqu'il apparaît manifeste ... que celle-ci ne relève pas de la compétence de la juridiction administrative, qu'elle est irrecevable ou qu'elle est mal fondée* ».

L'erreur fatale serait, pour le juge statuant dans l'urgence, de débouter trop rapidement un requérant, qui, pris par le temps ou par imprudence, n'aurait pas su le convaincre de l'urgence ou du bien-fondé de sa demande en référé-liberté. Rappelons, en effet, que cette procédure -comme son nom l'indique- vise la sauvegarde d'une liberté fondamentale. Concrètement, cela signifie que le juge administratif des référés devra statuer non pas sur un simple agissement irrégulier de l'administration, mais bel et bien sur une décision pouvant avoir « *des répercussions, pour le mieux sur des conditions de vie, pour le pire sur la vie elle-même* »¹²⁴³.

Un exemple très récent (CE, ord., 8 mars 2017, *Assistance Publique - Hôpitaux de Marseille*, req. n° 408146, précitée), est particulièrement caractéristique des enjeux que peut présenter une demande de référé-liberté. En effet, il était question de la vie ou de la mort d'un enfant, des médecins ayant décidé de mettre un terme au traitement thérapeutique et de débrancher l'appareil respiratoire le maintenant en vie. On imagine à cet instant la souffrance des parents informés de la décision des médecins d'arrêter les soins, et on présume également leur immense soulagement lorsqu'on leur a annoncé que le Conseil d'État avait suspendu la décision de l'administration. Tu ne feras point arrêter les soins, médecin ; je t'ordonne de les reprendre, a dit en substance le Conseil d'État (décision ayant confirmé celle du premier juge) !

À ce propos, lorsque les circonstances de l'espèce l'exigent, et afin de réduire au maximum le risque d'erreur, l'article L. 522-1 du code de justice administrative prévoit la possibilité pour le juge des référés statuant en principe seul de renvoyer l'affaire devant une formation collégiale.

¹²⁴³ J.P Denizet, *Les reconduites à la frontière*, L.P.A 14 mars 2001, n°52, p. 13.

Dans sa décision d'Assemblée *Mme Lambert* du 14 février 2014 (Rec., p. 32, concl. Keller, précitée), le Conseil d'Etat a apporté un éclairage nouveau sur l'office du juge du référé-liberté lorsque ce dernier est confronté à des enjeux individuels très lourds. Saisi dans cette affaire d'un pourvoi en cassation contre le jugement n° 1400029 du 16 janvier 2014, par lequel le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, avait suspendu l'exécution de la décision du 11 janvier 2014 par laquelle il avait été mis fin à l'alimentation et à l'hydratation artificielles de M. H... G, la Haute juridiction administrative a précisé qu'il appartient au juge des référés *« d'exercer ses pouvoirs de manière particulière, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative d'une décision, prise par un médecin sur le fondement du code de la santé publique et conduisant à interrompre ou à ne pas entreprendre un traitement au motif que ce dernier traduirait une obstination déraisonnable et que l'exécution de cette décision porterait de manière irréversible une atteinte à la vie ; qu'il doit alors, le cas échéant en formation collégiale, prendre les mesures de sauvegarde nécessaires pour faire obstacle à son exécution lorsque cette décision pourrait ne pas relever des hypothèses prévues par la loi, en procédant à la conciliation des libertés fondamentales en cause, que sont le droit au respect de la vie et le droit du patient de consentir à un traitement médical et de ne pas subir un traitement qui serait le résultat d'une obstination déraisonnable ; que, dans cette hypothèse, le juge des référés ou la formation collégiale à laquelle il a renvoyé l'affaire peut, le cas échéant, après avoir suspendu à titre conservatoire l'exécution de la mesure et avant de statuer sur la requête dont il est saisi, prescrire une expertise médicale et solliciter, en application de l'article R. 625-3 du code de justice administrative, l'avis de toute personne dont la compétence ou les connaissances sont de nature à éclairer utilement la juridiction ; ».*

Cet arrêt a distingué ainsi, d'une part, l'hypothèse d'une demande ordinaire dans laquelle le juge du référé-liberté statue en principe seul et prend *« dans les délais les plus brefs et au regard de critères d'évidence, les mesures de sauvegarde nécessaires à la protection des libertés fondamentales »* et, d'autre part, l'hypothèse d'une demande en référé-liberté *« justifiée par une urgence particulière »*, dans laquelle le juge du référé-liberté doit approfondir son contrôle, afin de l'adapter à la gravité de la situation individuelle en jeu.

Pour résoudre cette affaire, le Conseil d'Etat s'est prononcé en deux temps. Il a d'abord, le 14 février 2014, suspendu à titre conservatoire l'exécution de la décision contestée et ordonné une double mesure d'instruction. La première a consisté en une expertise confiée à un collège de trois médecins désignés par le président de la section du contentieux du Conseil d'Etat sur la proposition, respectivement, du président de l'Académie nationale de médecine, du président du Comité consultatif national d'éthique et du président du Conseil national de l'Ordre des médecins. La seconde a consisté à inviter le Comité consultatif national d'éthique et le Conseil national de l'Ordre des médecins ainsi que M. B... K... à présenter à la Haute juridiction des observations écrites de caractère général de nature à l'éclairer utilement sur l'application des notions d'obstination déraisonnable et de maintien artificiel de la vie au sens de l'article L. 1110-5 du code de la santé publique, en particulier à l'égard des personnes qui sont, comme M. G..., dans un état pauci-relationnel. Le 24 juin 2014 (Rec., p. 175, concl., Keller)¹²⁴⁴, la Haute juridiction administrative a ensuite jugé, à la lumière de l'expertise et des observations reçues, « *que les différentes conditions mises par la loi pour que puisse être prise, par le médecin en charge du patient, une décision mettant fin à un traitement n'ayant d'autre effet que le maintien artificiel de la vie et dont la poursuite traduirait ainsi une obstination déraisonnable peuvent être regardées, dans le cas de M. H...G...et au vu de l'instruction contradictoire menée par le Conseil d'Etat, comme réunies ; que la décision du 11 janvier 2014 du Dr. Kariger de mettre fin à l'alimentation et à l'hydratation artificielles de M. H... G...ne peut, en conséquence, être tenue pour illégale*».

D'une manière générale, l'affaire Lambert a, une fois de plus, mis en évidence, ce besoin pressant de renouvellement dans les moyens de contrôle du juge administratif, et plus particulièrement lorsque ce dernier est appelé à se prononcer sur des décisions administratives susceptibles de porter atteinte d'une manière irréversible à la situation des justiciables. Elle a également, et surtout, « *mis en lumière la place du juge dans la régulation d'un dissensus aigu, né d'une situation individuelle, mais qui a suscité des réactions multiples et parfois passionnées dans la société civile* »¹²⁴⁵.

¹²⁴⁴ R.D.FA 2014, p. 657, A.J.D.A 2014, p. 1225, tribune Cassia et p. 1669, note D. Truchet, J.C.P.A. 2014, 2844, H. Pauliat.

¹²⁴⁵ J.-M. Sauvé, *Le juge face aux questions éthiques, Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat, à l'ENM à l'occasion du séminaire de formation continue des chefs de cour d'appel*, 29 septembre 2015.

B. Pouvoir satisfaisant directement les intérêts subjectifs du requérant

L'objectif assigné par la réforme du 30 juin 2000 aux procédures d'urgence, à savoir celui d'assurer aux administrés, par une procédure rapide, la sauvegarde notamment de leurs libertés fondamentales, auxquelles une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale¹²⁴⁶, a transformé, à nos yeux, le caractère purement objectif qui dominait jusqu'alors le débat juridictionnel devant le juge de l'excès de pouvoir.

En effet, nous sommes bien loin de l'« *agent du ministère public* », cher à Léo Duguit, « *qui agit pour assurer le respect de la loi* »¹²⁴⁷, puisque le requérant peut désormais faire valoir devant le juge des référés la protection pure et simple de son droit subjectif (liberté fondamentale) contre les agissements irréguliers de l'administration ; et il en va ainsi alors même qu'il s'agit d'une décision n'ayant un objet ou des répercussions que purement financiers, rappelle à ce propos le Conseil d'État dans son arrêt de principe de Section *Confédération nationale des radios libres* en date du 19 janvier 2001¹²⁴⁸.

Au surplus, avec l'introduction de l'oralité dans le débat contradictoire juridictionnel, qui tranche avec l'un des principes les mieux établis de la procédure administrative contentieuse, à savoir son caractère « *principalement* »¹²⁴⁹, voire « *essentiellement* »¹²⁵⁰ écrit¹²⁵¹, le requérant peut désormais faire valoir ses droits oralement et en personne à l'audience publique, et cela en citant devant lui l'agent public auteur de l'acte critiqué, ou en la personne de représentant légal de l'autorité administrative (État, département ou commune, établissement public), dont cet agent a pu servir les intérêts¹²⁵².

¹²⁴⁶ Notamment, la sauvegarde de sa liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, Art. L. 521-2 *CJA*.

¹²⁴⁷ L. Duguit, *L'État, les gouvernants*, 1903, précité, p. 133.

¹²⁴⁸ Rec. p. 29, *G.A.C.A.*, 3^{ème} édition n°11.

¹²⁴⁹ CE, Sect., 17 mai 1968, *Andrei*, Rec. p.320.

¹²⁵⁰ CE, 1^{er} décembre 1993, *Commune de Saint-Cyprien*, req. n° 129048.

¹²⁵¹ Principe, a-t-on dit, énoncé depuis, au moins, le règlement du chancelier Daguesseau du 28 juin 1738 relatif à la procédure devant le Conseil du Roi.

¹²⁵² Contrairement à ce qui était autrefois le recours pour excès de pouvoir, à savoir « *...un procès dirigé contre un acte et non contre des personnes ; c'est une action intentée contre la puissance publique ; dès lors il n'y a pas de défendeur dans l'instance, il n'y a pas de débat contradictoire ; c'est le ministre intéressé qui représente le service public, qui défend l'acte... La conséquence de cette situation qui caractérise le recours pour excès de pouvoir et le distingue nettement du recours par la voie contentieuse, c'est que ni les parties, ni les représentants de la puissance publique ne sont assignés dans l'instance au moyen d'ordonnances de soit communiqué, comme*

Cela permet ainsi au requérant de mettre dorénavant un visage sur cette administration personne morale/puissance publique et, surtout, de l'obliger le représentant de cette dernière à venir devant lui pour défendre son acte, comme lui (requérant) est contraint de défendre ses droits¹²⁵³.

Il est très difficile de continuer à nier, encore aujourd'hui, la présence des parties dans le débat juridictionnel administratif ! Puisqu'il ne s'agit plus, avec la procédure des référés, de juger l'écrit ou le silence de l'administration¹²⁵⁴ de manière discrète et abstraite, dans le cadre d'un procès froid, où il n'y a ni parties ou celles-ci ne se voyant quasiment jamais, ni débat contradictoire à proprement parler, puisque celui-ci se limite à un simple échange de mémoires en défense, mais bel et bien d'un litige entre deux parties au moins, dont les intérêts subjectifs sont opposés. À savoir : d'un côté, ceux défendus par le requérant demandeur en suspension, intérêts, qui, nous l'avons dit, peuvent être de toute nature notamment, et financière¹²⁵⁵ ; de l'autre, ceux de l'administration défenderesse demandant que son action ne soit pas paralysée ni retardée.

Parmi les intérêts de l'administration pouvant ainsi être pris en compte par le juge, on peut citer, à titre d'exemple, la salubrité et la santé publiques¹²⁵⁶, la continuité du service public¹²⁵⁷, la préservation de l'environnement¹²⁵⁸, la protection des biens culturels¹²⁵⁹, mais aussi l'intérêt public s'attachant à ce qu'il soit mis un terme aux atteintes aux droits conférés par l'ordre juridique de l'Union européenne¹²⁶⁰.

dans la procédure ordinaire, mais par de simples communications administratives ; et d'autre part il n'est pas contesté que si la communication au particulier ...n'a pas eu lieu, ou si cette personne mise en cause n'a pas présenté de défenses, néanmoins la procédure ne serait pas par défaut et l'opposition ne serait pas admise ; la procédure des excès de pouvoir ne comporte pas en effet des défendeur au sens propre du mot », Jagerschmidt, conclusions sous CE, 15 décembre 1899, Ville d'Avignon, S. 1900. III, p. 73.

¹²⁵³ Voir dans ce sens, B. Kornprobst, thèse précitée, p. 91.

¹²⁵⁴ Voir dans ce sens, E. Laferrière, « *Le recours pour excès de pouvoir n'est pas un procès fait à une partie, c'est un procès fait à un acte. La requête n'est dirigée ni contre l'agent qui a fait l'acte, ni contre la personne civile (État, département ou commune) dont cet agent a pu servir les intérêts, mais contre la puissance publique, au nom de laquelle il a agi* », *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, T. 2, précité p. 561.

¹²⁵⁵ CE, Sect., 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, req., n° 228815, précité.

¹²⁵⁶ CE, 15 mars 2006, *Ministre de l'agriculture et de la pêche c/ GAEC de Beauplat*, req. n° 286648.

¹²⁵⁷ CE, réf., 28 août 2002, *Société des agrégés de l'Université*, req. n° 249769.

¹²⁵⁸ CE, 5 novembre 2001, *Commune du Cannet-des-Maures*, req. n° 234396.

¹²⁵⁹ CE, 25 juillet 2008, *Ministre de la culture et de la communication c/ société Elite invest*, req. n° 314707.

¹²⁶⁰ CE, réf., 14 février 2013, *M. L.*, req., n° 365459. Voir dans ce sens, pour toutes ces décisions, *Le juge des référés, Les dossiers thématiques du Conseil d'État décembre 2015*. Accessible In [www.Conseil d'État.fr](http://www.Conseil-d-Etat.fr), précité.

Avec la procédure de référé, le débat, qui peut être désormais exclusivement oral¹²⁶¹, pourra se dérouler ou se poursuivre à l'audience publique, au cours de laquelle il y a place pour un véritable dialogue contradictoire entre les parties en présence, lesquelles sont placées en face les unes des autres, afin de susciter chez elles des explications et des réactions « en temps réel » au sujet de leurs prétentions opposées. L'oralité apporte dans une thèse hypothèse « *une indiscutable valeur ajoutée : plus simple, interactive et directe que l'écrit, elle [permet] de concilier le respect du contradictoire, sans lequel il n'existe pas de procès équitable, et la rapidité d'une procédure d'urgence. Elle [instille également] de l'humain et du concret dans le débat juridictionnel, [favorise] le dialogue entre les parties sous la direction du juge et permis d'opérer des conciliations* »¹²⁶².

Dans un tel cadre, l'audience sera rythmée par une succession de questions : ce qui se faisait discrètement en procédure écrite sera dévoilé au grand jour dans le cas de la procédure contradictoire orale de référé.

S'attachant souvent à y être présentes ou représentées, les parties peuvent ainsi développer oralement et concrètement tous moyens et arguments nouveaux tant en demande qu'en défense. Dans cette hypothèse, le caractère inquisitorial de la procédure d'instruction laisse alors place temporairement à une procédure accusatoire conduite, non plus le juge, du moins officiellement, mais par les parties elles-mêmes. En effet, soumis à l'impératif de célérité attachée au jugement en urgence des litiges dont il est saisi, le juge des référés n'a pas matériellement le temps de mettre en œuvre tous les pouvoirs d'investigation qui lui sont reconnus par la procédure inquisitoriale ordinaire et doit ainsi s'en tenir pour l'essentiel aux éléments d'appréciation qui lui sont apportés par les parties au cours de l'audience¹²⁶³. L'audience apparaît, en ce cas, dans sa profonde unité, et retrouve une place centrale qui jusqu'alors n'était pas la sienne dans la procédure écrite¹²⁶⁴.

Ainsi, c'est dans le débat contradictoire qu'il anime entre les parties en présence que le juge des référés doit puiser les éléments de sa conviction sur le soupçon d'illégalité pesant éventuellement sur la décision dont il lui est demandé la suspension.

¹²⁶¹ Art. L. 522-1 CJA : « Le juge des référés statue au terme d'une procédure contradictoire écrite ou orale ».

¹²⁶² J.-M. Sauvé, *La place de l'oralité : support délaissé ou renouvelé dans la juridiction administrative ? Entretiens d'Aguesseau, Limoges vendredi 7 mars 2008.*

¹²⁶³ Voir dans ce sens à propos des jugements des référés en matière de reconduite à la frontière, J.P Denizet, *Les reconduites à la frontière, L.P.A 14 mars 2001, n°52, p. 13.*

¹²⁶⁴ Voir dans ce sens, CJA, édition Litec 2011, note sous art. L.522-1.

Au cours de la procédure contradictoire, le juge peut être amené à soulever d'office un moyen d'ordre public¹²⁶⁵, à poser des questions et, au vu des réponses apportées par les parties, à décider du caractère fondé ou non de la demande de suspension dont il est saisi¹²⁶⁶, ou peut inviter les parties en présence à, par exemple, se rapprocher pour établir un point de fait portant sur une question en litige¹²⁶⁷. Cette procédure se déroule dans un climat « *sain et serein* »¹²⁶⁸, exempt de « *coups de théâtre contentieux* »¹²⁶⁹. « *Toute mesure ayant une influence significative sur le cours de l'instance ou sur la décision du juge doit préalablement donner lieu à une information des parties, qui doivent être mises à même de présenter leurs observations* »¹²⁷⁰. Et lorsqu'il prend sa décision, le juge doit se garder de tout automatisme dans l'application de la loi.

¹²⁶⁵ CE, 13 novembre 2002, *Association Alliance pour les droits de la vie*, req. n° 248310.

¹²⁶⁶ CE, 13 février 2001, *Société Golden Harvest Zelder*, req. n° 228962.

¹²⁶⁷ CE, 14 juin 2002, *Société Benzi et Di Terlizzi*, req. n° 246724. Dans cette affaire, il a été convenu lors de l'audience de référé en date du 28 mai 2002 que les parties (Sté Benzi et Di Terlizzi et le représentant du ministère concerné) se rapprocheraient, dans un délai maximum de quinze jours au terme duquel l'instruction serait close, afin de procéder sur ce point à une vérification contradictoire dans les locaux du CEMAGREF (Centre d'Étude du Machinisme Agricole et du Génie Rural des Eaux et Forêts) sur le modèle visé par l'arrêté contesté interdisant « *l'exposition, la mise en vente, la location, l'importation, la cession des arbres de transmission à cardans à joint homocinétique de marque Benzi, type W40X MM, équipés de protecteurs de type W40* ».

¹²⁶⁸ Termes utilisés par J.-M. Sauvé, in, *Enjeux et défis du Conseil d'État de France, Intervention à Université catholique de Louvain (KU Leuven)*, mardi 15 octobre 2013.

¹²⁶⁹ A. Bretonneau et X. Domino, *Chronique de jurisprudence du Conseil d'État. De la loyauté dans le procès administratif*, A.J.D.A., 2013, p. 1276.

¹²⁷⁰ J.-M. Sauvé, *Enjeux et défis du Conseil d'État de France, Intervention à Université catholique de Louvain (KU Leuven)*, mardi 15 octobre 2013, précité.

Section 2.

Le dispositif rectificatif et le dispositif neutralisant : le juge tolère volontairement une certaine marge d'illégalité dans l'action administrative

« *Le Conseil d'État*, écrit le Professeur Mestre, *n'utilise pas pleinement les moyens d'annulation dont il dispose : il immunise volontairement une certaine marge d'illégalité qu'il protège contre l'annulation. De ce fait, tous les actes illégaux ne sont pas annulés* »¹²⁷¹.

Au premier abord, une telle démarche peut surprendre, elle est pourtant réelle et incarne cette conception nouvelle que se fait le juge administratif de son office.

Par de nouveaux instruments de contrôle forgés à cet effet, le juge de l'excès de pouvoir tranche ainsi singulièrement avec son simple rôle de censeur passif de la légalité et n'hésite pas à venir d'une façon apparente porter secours à l'administration active.

Ce faisant, le juge pourrait ainsi de nouveau être perçu comme un « collaborateur », un « *conseiller de l'administration, fonction première du Conseil d'État au moment de sa création* »¹²⁷².

¹²⁷¹ A. Mestre, *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'administration*, précité, p.45.

¹²⁷² J. Mesmin d'Estienne, *Le refus du contrôle d'opportunité : un mythe à déconstruire ? R.F.D.A 2016*, p.545, précité.

§1. La régularisation et la couverture de l'illégalité dans le processus décisionnel administratif : « collaboration » entre l'administration et son juge

Deux techniques illustrent ce choix du juge d'intervenir d'une façon active en faveur de l'administration pour lui éviter un jugement d'annulation : les techniques rectificatives et les techniques neutralisantes.

A. Les techniques rectificatives

Les techniques rectificatives sont l'une des méthodes mises en œuvre par le juge de l'excès de pouvoir lui permettant de venir au secours de l'administration pour redresser les erreurs qu'elle a commises dans sa façon d'agir. Ces techniques se manifestent, soit par le procédé dit de *substitution de base légale*, soit par le procédé dit de *substitution de motifs*. Dans le premier procédé, le juge administratif recherche lui-même le texte salvateur¹²⁷³ de la décision critiquée ; dans le second, il valide une décision critiquée, après avoir remplacé « *le motif illégal, avancé par l'autorité administrative au soutien de sa décision, par un autre motif, de fait ou de droit, susceptible de la justifier juridiquement* »¹²⁷⁴. Dans les deux hypothèses, le juge de l'excès de pouvoir endosse les habits d'un juge de pleine juridiction.

¹²⁷³ B. Pacteau, thèse précitée, p. 94.

¹²⁷⁴ A. Claeys, *La technique juridictionnelle de la substitution de motifs et l'office du juge de l'excès de pouvoir, Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Dalloz* 2007 p. 300.

1. La substitution de base légale : le juge recherche lui-même le texte salvateur de la décision administrative

La substitution de base légale¹²⁷⁵ est un procédé qui permet au juge de valider *a posteriori* une décision administrative, en principe irrégulière, en la rattachant à un fondement juridique propre à la justifier. Ce faisant, le juge rétablit l'adéquation qui a fait défaut entre le fondement légal de cette décision et son contenu¹²⁷⁶ : le texte retenu à tort par l'administration ne lui permet pas, en effet, d'agir ou il n'est pas applicable à la situation de fait visée par la décision critiquée.

Dans une telle hypothèse, l'action administrative n'est pas, à proprement parler, dépourvue de fondement légal et n'est donc pas illégale en elle-même : un texte législatif ou réglementaire donnant à l'administration compétence pour agir existe bel et bien, mais celui-ci n'a pas été retenu par l'administration comme fondement de son action. L'adéquation qui doit nécessairement exister entre le fondement légal et le contenu de l'acte administratif fait donc défaut.

L'exécution par l'administration de cette décision ne constitue pas, dans ce cas précis, un excès de pouvoir à proprement parler, même si la logique pure de la légalité –comme dit le Président Odent– voudrait que le juge de l'excès de pouvoir déclare illégale toute décision à laquelle l'autorité compétente a donné un fondement juridique ne l'autorisant pas légalement à prendre cette décision¹²⁷⁷, car l'administration a, en effet, simplement commis une erreur de droit dans le choix du support légal qui devait lui permettre d'agir.

C'est pour cette raison que le juge de l'excès de pouvoir n'hésite pas à intervenir activement pour porter secours à l'administration active, en recherchant « *lui-même le texte salvateur* »¹²⁷⁸ susceptible de redresser son erreur, ni à rejeter en conséquence la requête en annulation dirigée contre la décision administrative concernée.

¹²⁷⁵ Par base légale, il faut entendre le « titre juridique » instituant et fondant l'action administrative (B. Pacteau, thèse précitée, p. 944) ou encore « la conjoncture régulière des règles générales qui définissent les pouvoirs de l'administration et de la situation de fait particulière à laquelle ces pouvoirs en l'espèce s'appliquèrent » (F. Gazier, *Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950*, E.D.CE, 1951, p. 77, s. p. 80).

¹²⁷⁶ Voir dans ce sens, R. Hostiou, *Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, L.G.D.J 1975, p. 291.

¹²⁷⁷ R. Odent, *Contentieux administratif*, T. 2, précité, p. 507.

¹²⁷⁸ B. Pacteau, thèse précitée, p. 94.

Quelques espèces suffisent à illustrer ce procédé rectificatif consistant, pour le juge administratif, à remplacer le fondement légal erroné, retenu à tort par l'administration, par un autre fondement susceptible de justifier la décision critiquée.

C'est ainsi, par exemple, que le Conseil d'État, après avoir procédé à une substitution de base légale, a rejeté le recours formé contre un décret en date du 14 octobre 1954 pris à tort sur la base de la loi du 17 août 1948, laquelle ne permettait pas au Gouvernement de modifier par décret les dispositions de cette loi (postérieure à son intervention), en rattachant le dit décret aux pouvoirs spéciaux conférés au Gouvernement par la loi d'habilitation du 14 août 1954¹²⁷⁹ ; le recours dirigé contre un décret d'extradition, fondé à tort sur la Convention franco-italienne du 12 mai 1870, devenue inapplicable, en rattachant le dit décret à la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957, seule applicable à cette mesure¹²⁸⁰ ; le recours dirigé contre un arrêté municipal fondé à tort sur les dispositions du Code de la construction, en le rattachant aux pouvoirs de police générale du maire¹²⁸¹ ; ou encore celui dirigé contre l'arrêté du préfet ayant ordonné la fermeture provisoire d'un centre d'aide par le travail, décision fondée à tort sur les dispositions de l'article 210 du code de la famille et de l'aide sociale, mais qui trouvait une base légale dans les dispositions de l'article 14-2 de la loi du 30 juin 1975¹²⁸².

Rattachée désormais à l'office du juge administratif¹²⁸³ par la décision de section *El Bahi* en date du 3 décembre 2003¹²⁸⁴, la technique de substitution de base légale peut ainsi être mise en œuvre d'office par le juge de l'excès de pouvoir.

¹²⁷⁹ CE, 8 mars 1957, *Rozé*, *Rec.* p. 147, concl. Mosset, *A.J.D.A* 1957 II p. 182, chron. Fournier et Braibant. Voir avant cet arrêt, s'agissant du contentieux de la responsabilité : CE, 20 novembre 1942, *Vally*, *Rec.* p. 326, DC 1944, p. 29, note M. Waline.

¹²⁸⁰ CE, 8 avril 1987, *Procopio*, *Rec.*, p. 137, *A.J.D.A* 1987, p. 472, concl. O. Schrameck.

¹²⁸¹ CE, 24 juillet 1987, *Damman et Rohmer*, *Rec. T.* p. 892.

¹²⁸² CE, 17 janvier 1997, *Ministre de la Solidarité, de la Santé et de la Protection sociale*, req. n° 120228, *Rec. T.* p. 1028.

¹²⁸³ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 1124. Voir également dans ce sens les conclusions du commissaire de gouvernement Stahl dans cette affaire, *R.F.D.A* 2004, p. 736 : « *ce sont des considérations liées à l'office du juge administratif*, dit-il, *qui expliquent que la substitution de base légale est mise en œuvre d'office* ».

¹²⁸⁴ Req. n° 240267, concl. J.-H. Stahl, *A.J.D.A* 2004, p. 202, chron. F. Donnat et D. Casas : dans cette affaire, le Conseil d'État a été saisi d'une demande en annulation contre un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière fondé à tort sur le 1° du I de l'article 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945. Cette disposition permet, en effet, d'adopter une telle mesure à l'encontre de l'étranger qui ne peut justifier être entré régulièrement sur le territoire français et qui n'est pas titulaire d'un titre de séjour en cours de validité ; or, après examen des pièces du dossier, il s'est avéré que l'intéressé est entré régulièrement sur le territoire français ; il n'entrait donc pas dans le cas visé par le 1° du I de l'article 22 ; cependant le Conseil d'État a, malgré tout, rejeté le recours en substituant à l'arrêté

Simple faculté ouverte au juge et non véritable obligation¹²⁸⁵, la technique de substitution de base légale est subordonnée au respect de certaines conditions intéressant aussi bien le requérant que l'autorité administrative, auteur de l'acte litigieux.

En premier lieu, la substitution de base légale ne doit pas priver le requérant, comme le rappelle l'arrêt *El Bahi*, « *de garanties dont est assortie l'application du texte sur le fondement duquel la décision aurait dû être prononcée* »¹²⁸⁶, c'est-à-dire que le requérant doit avoir disposé, lors de l'édition de la décision contestée, de garanties au moins égales à celles dont le texte à substituer l'aurait fait bénéficier¹²⁸⁷. Ainsi, à titre d'exemple, les conditions d'une telle substitution n'étaient pas remplies dans le cas d'une décision préfectorale ayant mis fin, en situation d'urgence, à l'exercice d'un médecin sur le fondement d'un texte (l'article L. 221-8 du code de la consommation) qui ne pouvait servir de base légale à cette suspension¹²⁸⁸, au motif que le préfet n'avait pas fait bénéficier le médecin suspendu des garanties prévues par un autre texte (l'article L. 4113-14 du Code de la santé publique) lui permettant de prononcer cette mesure, à savoir l'audition de l'intéressé dans le délai de trois jours suivant le prononcé de la décision de la suspension et la limitation à cinq mois de la durée de celle-ci (suspension)¹²⁸⁹.

En second lieu, le juge doit s'assurer que le texte à substituer a une portée au moins équivalente à celle du texte retenu à tort par l'administration¹²⁹⁰ et que celle-ci dispose « *du même pouvoir d'appréciation* »¹²⁹¹ en donnant un fondement exact à sa décision. Cela veut dire que le texte ancien, retenu à tort par l'administration, et le texte substitué à ce dernier

préfectoral en question une autre base légale : à savoir le 2° du I du même article, qui vise l'étranger qui s'était maintenu sur le territoire français plus de trois mois sans être titulaire d'un premier titre de séjour régulièrement délivré. Et c'était précisément le cas du requérant dans cette affaire.

Voir également avant cet arrêt pour la substitution de base légale dans le contentieux de reconduite à la frontière : CE, 26 février 2001, *Mme Fadiadji*, *Rec.* p. 1151, req. n° 223953.

¹²⁸⁵ Cela signifie que le juge jouit, en ce domaine, « *d'un véritable pouvoir discrétionnaire puisque rien ne l'oblige à chercher un texte dont, par définition, nul ne connaît l'existence* », B. Kornprobst, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, précité, p. 293.

¹²⁸⁶ CE, 3 décembre 2003, *El Bahi*, précité.

¹²⁸⁷ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 1124.

¹²⁸⁸ Cet article permet seulement au préfet (et également au ministre), en cas d'urgence, de suspendre la prestation d'un service, y compris un service soumis à des dispositions législatives particulières ; mais ne lui donnait pas compétence pour prononcer la suspension du droit d'exercer.

¹²⁸⁹ CE, 25 septembre 2009, *M. V.*, req. n°311597, *A.J.D.A* 2009 p. 1744, obs. Brondel, C. de Gaudemont, *D.* actualité 02 octobre 2009. Voir également dans ce sens : CE, 23 décembre 1988, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Romans-sur-Isère*, *Rec.*, p. 471, *A.J.D.A* 1989, p. 267, obs. J.-B Auby.

¹²⁹⁰ CE, 11 juin 1993, *Société Landrieu*, *Rec.* p. 173.

¹²⁹¹ CE, 3 décembre 2003, *El Bahi*, précité.

doivent poser « *un problème d'appréciation analogue sur des critères semblables* »¹²⁹². Ainsi, il est évident que cette exigence ne sera pas satisfaite lorsque l'un des textes, par exemple celui substitué par le juge, ouvre à l'administration un pouvoir discrétionnaire, tandis que celui retenu à tort par elle la place dans une situation de compétence liée¹²⁹³.

Par ailleurs, le juge, avant de recourir à cette substitution, doit au préalable mettre les parties à même de présenter des observations sur ce point¹²⁹⁴. Cette exigence s'applique aussi bien au jugement au fond¹²⁹⁵ qu'à celui en référé¹²⁹⁶.

Enfin, il faut rappeler que, même si toutes les conditions d'une substitution de base légale sont remplies, le juge peut toujours refuser d'opérer cette substitution, lorsqu'il y a lieu, notamment, de sanctionner solennellement un comportement manifestement répressible de l'administration. Tel a été le cas d'une saisie irrégulière des numéros d'un journal pendant la guerre d'Algérie, dès lors qu'il a manifestement résulté des circonstances de l'affaire que la saisie en question a eu pour objet, non de constater des crimes ou délits contre la sûreté intérieure ou extérieure de l'État et d'en livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les punir, mais d'empêcher la diffusion dans le département d'écrits insérés dans le numéro saisi (hypothèse de détournement de pouvoir)¹²⁹⁷.

¹²⁹² Mme Grevisse, concl., sous CE, 7 juillet 1976, *Epoux Arnaud*.

¹²⁹³ Cette hypothèse, mise en avant par le Professeur Chapus (*Droit du contentieux administratif*, précité, n° 1124), est illustrée par la décision du Conseil d'État *M. Yang Chang Ming* en date du 14 mars 2003 (req., n° 229020).

Dans cette affaire, la Haute juridiction administrative a jugé que la décision prise sur le fondement du décret du 2 février 1939 ne peut pas trouver de base légale dans les dispositions du décret du 28 janvier 1998. En effet, le pouvoir conféré au préfet par les dispositions de l'article 9 du décret du 28 janvier 1998 relatif aux conditions d'attribution de la carte d'identité de commerçant étranger n'est pas de même nature que le pouvoir dont il disposait auparavant, sur le fondement du décret du 2 février 1939, pour apprécier, en fonction notamment d'éléments tenant à la viabilité de l'entreprise, l'opportunité de la délivrance ou du refus d'une carte de commerçant étranger. Au surplus, il ressort des termes mêmes de cet article que le préfet ne peut porter une appréciation sur la viabilité du projet d'entreprise qu'après avoir consulté à cet effet la chambre de commerce et d'industrie ou la chambre des métiers. Ce qui n'a pas été le cas dans cette affaire.

Voir également dans ce sens, CAA Nancy, 12 mai 2014, req. n° 13NC01591, à propos de la substitution de base légale en cas de coexistence de régimes de police. La Cour administrative d'appel de Nancy a jugé que le pouvoir d'appréciation dont dispose le préfet dans l'exercice des pouvoirs de police générale qu'il tient de l'article L. 2215-1 du code général des collectivités territoriales n'est pas identique à celui que l'article L. 425-1 du code de l'environnement lui reconnaît pour approuver les règles de police spéciale encadrant la pratique de l'agrainage. Le juge ne peut, dès lors, procéder à aucune substitution de base légale.

¹²⁹⁴ CE, 3 décembre 2003, *El Bahi*, précité.

¹²⁹⁵ Voir dans ce sens, l'arrêt *El Bahi*, précité.

¹²⁹⁶ Voir dans CE, 19 mars 2014, *M. Muhamat Ibrahim*, req., n° 376232. Voir également dans ce sens *G.A.J.A* n° 86 p. n° 9.

¹²⁹⁷ CE, Ass., 24 juin 1960, *Sté Frampar*, *Rec.*, p. 412, concl. Heumann, *A.J.D.A* 1960. I. p.154, chron. Combarous et Galabert, *D.* 1960. 744, note Robert.

Voir également dans ce sens : TA Rouen, 30 octobre 1963, *Soc. des Eti. Témoignage chrétien*, *Rec.* p. 766 ; CE 1^{er} décembre 1965, *Rodes*, *Rec.*, p. 841 ; *A.J.D.A* 1966, p. 377, note J. Moreau.

2. La substitution de motif : le juge remplace le motif illégal, avancé par l'administration, par un autre motif susceptible de justifier juridiquement son action

Au même titre qu'il s'autorise le pouvoir de valider une décision administrative en la rattachant à son fondement légal permettant de la justifier juridiquement, le juge de l'excès de pouvoir peut également procéder une substitution de motifs, c'est-à-dire « *remplacer le motif illégal, avancé par l'autorité administrative au soutien de sa décision, par un autre motif, de fait ou de droit, susceptible de la justifier juridiquement* »¹²⁹⁸, afin de lui éviter une annulation excessive. Cependant, dans l'hypothèse d'une substitution de motifs, le juge prend une part plus active à la réfection de l'acte attaqué¹²⁹⁹ que lorsqu'il « *se borne à effectuer un glissement de support juridique* »¹³⁰⁰ dans le cas d'une substitution de base légale. C'est pour cette raison, que cette technique a été, initialement, limitée aux seuls cas où l'administration, ayant compétence liée, était légalement tenue d'agir dans un sens déterminé¹³⁰¹. Il ressort à l'évidence que, dans cette hypothèse, l'administration n'a aucune maîtrise du contenu de la décision à prendre ; elle n'a pas non plus la faculté de choisir entre plusieurs solutions également possibles¹³⁰². La loi lui a, en effet, préalablement précisé la conduite à tenir face à une situation de fait donnée, et lorsque celle-ci se produit, l'autorité administrative ne peut que traduire concrètement et exactement, par une décision réfléchie, cette volonté légale¹³⁰³.

La substitution de motifs en cas de compétence liée est une pratique ancienne consacrée pour la première fois au début des années 1930 avec notamment les arrêts *Ville de Sarreguemines* de 1931¹³⁰⁴, *Ville de Castelnaudary* de 1932¹³⁰⁵, *Augier* de 1934¹³⁰⁶. Dans cette dernière affaire, le Conseil d'État fut saisi d'un recours en annulation contre la décision

¹²⁹⁸ A. Claeys, *La technique juridictionnelle de la substitution de motifs et l'office du juge de l'excès de pouvoir, Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Dalloz* 2007 p. 300, précité.

¹²⁹⁹ Idem, p. 307.

¹³⁰⁰ J.-J. Israël, *La régularisation en droit administratif français*, précité, p. 111.

¹³⁰¹ CE, Sect., 10 novembre 1978, *Secrétaire d'État aux Universités c/ Malet*, Rec., p. 437 ; CE, 24 novembre 1978, *Mme Lamarche-Jacomet*, Rec., p. 472 : à propos d'un refus de permis de construire.

Voir également dans ce sens : CE, 27 novembre 1996, *Épx Naderan*, req. n° 170941 : à propos d'une interdiction de signes religieux dans un établissement public. Décision citées notamment par P.-L. Frier, in, *Répertoire de contentieux administratif, Motifs (Contrôle des)*, D. septembre 2005 (actualisation : octobre 2014).

¹³⁰² R. Odent, *Contentieux administratif, T. I*, précité, p. 953.

¹³⁰³ Dans cette hypothèse, le juge de l'excès de pouvoir, saisi d'une demande en annulation, peut refuser d'annuler la décision critiquée et cela en lui substituant un motif correct à celui (motif) erroné retenu à tort l'administration.

¹³⁰⁴ CE, Sect., 19 juin 1931, *Ville de Sarreguemines*, S. 1932.3.25.

¹³⁰⁵ CE, Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, D.H. 1932.3.25, concl. Josse.

¹³⁰⁶ CE, Sect., 8 juin 1934, *Augier*, Rec. p.660, D. 1934.3.31, concl. Josse.

du ministre de la Guerre ayant refusé au *Sieur Augier* la promotion au grade d'officier de la légion d'honneur auquel il prétendait avoir droit en vertu de la loi du 26 décembre 1923, laquelle prévoyait que tous les mutilés de guerre à cent pour cent, titulaires de la Médaille militaire, seraient décorés de la Légion d'honneur. Le ministre de la Guerre avait allégué, dans sa décision de refus, le fait que la réforme du *Sieur Augier* était la conséquence d'une maladie et non d'une blessure de guerre. Après examen des pièces du dossier, ce motif s'avéra erroné. Le Conseil d'État rejeta néanmoins le recours du *Sieur Augier*, en substituant au motif invoqué par le ministre un autre, exact, tiré du fait que le requérant se trouvait en dehors du champ d'application de la loi dont il réclamait le bénéfice : le requérant, n'ayant, en effet, accédé au grade de chevalier qu'en 1928, ne pouvait donc prétendre au bénéfice de cette loi. Le moyen tiré de l'illégalité de la décision du ministre de la Guerre devenait ainsi inopérant, dès lors que cette décision devait en toute hypothèse intervenir dans le sens dans lequel elle avait été prise par le ministre.

La substitution de motifs en cas de compétence liée a été appliquée à plusieurs reprises par le Conseil d'État pour valider des décisions administratives dont les motifs étaient initialement erronés. C'est ainsi, par exemple, que le Conseil d'État a rejeté le recours formé contre le refus d'agrément opposé à une société dont l'ouverture n'était pas autorisée, bien que ce refus eût été fondé sur des motifs entachés d'erreur de droit et d'inexactitude matérielle des faits, en lui ayant substitué un motif tiré de la situation irrégulière dans laquelle se trouvait ladite société¹³⁰⁷. La Haute juridiction administrative a, de même également, rejeté le recours formé contre le refus du préfet de mettre en œuvre les pouvoirs qu'il tenait de l'article 26 de la loi du 19 juillet 1976, lui permettant, en cas de danger grave, de mettre en demeure l'exploitant d'une installation de prendre les mesures destinées à faire cesser ce danger. En l'espèce, il s'agissait de mettre fin au danger ayant résulté du stockage dans un immeuble de 17 bouteilles de gaz d'un poids total de 425 kilos. Parce que le préfet avait compétence liée pour rejeter la demande faite par le requérant, le juge a substitué d'office au motif erroné retenu par le préfet pour rejeter une telle demande un motif tiré de ce que l'exploitation de l'installation ne présentait pas de danger grave. Ainsi, il a, selon l'arrêt, résulté de l'instruction, notamment d'une lettre du maire de la Grande-Motte en date du 17 mai 1979 dont les observations, fondées sur un rapport de police après enquête sur les lieux, ne sont pas

¹³⁰⁷ CE, Sect., 26 mai 1950, *Sté Laitière Provençale*, Rec. p. 314, 1^{ère} espèce : « *La société requérante, dit l'arrêt, ne serait pas fondée à demander l'annulation de ladite décision, portant réclamation à laquelle le comité central ne pouvait légalement faire droit* ». Voir également dans ce sens à propos d'un droit à l'attribution d'une carte professionnelle : CE, 17 janvier 1969, *Bagot*, Rec. p. 28 ; CE, 29 avril 1977, *Tillon*, Rec., T. p. 5087.

contestées par les parties au litige, que les bouteilles de gaz n'étaient pas stockées durant la nuit à l'intérieur de l'immeuble, mais dans des casiers en fer scellés à l'extérieur de l'immeuble ; qu'ainsi ce dépôt n'ayant pu être regardé comme ayant présenté un danger grave pour le voisinage au sens de la loi précitée du 19 juillet 1976, le préfet avait pu légalement rejeter la demande qui lui avait été faite de mettre en œuvre les pouvoirs qui lui étaient conférés par l'article 26 de ladite loi ; que, dans ces conditions, et sans qu'il y eût lieu d'examiner le bien-fondé du motif sur lequel le préfet avait fondé sa décision, le ministre de l'industrie était fondé à soutenir que c'était à tort que, par le jugement attaqué, en date du 23 juin 1980, le tribunal administratif de Montpellier avait annulé les décisions, en date des 5 février et 22 mars 1979 du préfet de l'Hérault et de la région de Languedoc-Roussillon¹³⁰⁸. De même enfin, la Haute Juridiction a rejeté un recours ayant tendu à l'annulation d'un arrêté municipal qui avait accordé une autorisation de clôture, après avoir substitué un motif tiré des dispositions de l'article L.441-3 du code de l'urbanisme, dont il résultait que l'autorisation d'édifier une clôture ne pouvait être légalement refusée, au motif que le terrain à enclore allait faire l'objet d'une utilisation contraire aux règles d'un plan d'occupation des sols ; la société requérante ne pouvait dès lors utilement se prévaloir à l'encontre de l'autorisation de clôture attaquée de la méconnaissance des dispositions de l'article UH 1 du règlement du plan d'occupation des sols interdisant, dans la zone considérée, « *les établissements industriels et activités de toute nature* »¹³⁰⁹.

Le choix du juge d'intervenir en faveur de l'administration par une substitution de motifs se justifie, dans cette hypothèse de compétence liée, tant par des considérations d'opportunité que par la finalité même du recours pour excès de pouvoir. En effet, procéder à une substitution de motifs en cas de compétence liée évite au juge de prononcer inutilement l'annulation d'un acte administratif qui, dans tous les cas de figure, devra être réédité par l'administration. « *À quoi pourrait servir une annulation fondée sur un motif erroné en droit, disait le commissaire de gouvernement Josse dans cette affaire, si pour un autre motif l'Administration était (...) dans l'obligation de prendre une décision dans le même sens ?* »¹³¹⁰. L'intervention du juge en faveur de l'administration se justifie également, dans cette hypothèse, par la finalité même du recours pour excès de pouvoir, qui, nous l'avons souligné, permet de rétablir une légalité méconnue par l'administration et, par là même, de protéger les

¹³⁰⁸ CE, 7 janvier 1983, *Ministre de l'Industrie c/ Société Sogeba*, req. n° 26725, *Rec.* p. 1.

¹³⁰⁹ CE, Sect., 27 avril 1988, *S.C.I du tertre Sainte-Anne*, req. n° 64277.

¹³¹⁰ Josse, conclusions sous l'arrêt *Augier*, précité.

individus contre l'arbitraire administratif. Or, il ne peut pas y avoir, dans l'hypothèse d'une compétence liée de l'administration, méconnaissance de cette légalité, l'administration ne faisant en effet que traduire, par une décision réfléchie, la teneur exact des prescriptions de la loi.

Au final, peu importe le motif retenu par elle ou de ce qu'elle a réellement voulu par sa décision, puisque celle-ci devait intervenir dans tous les cas de figure. Dans une telle hypothèse, on comprend que certains auteurs voudraient que la substitution « *joue à la manière d'un moyen d'ordre public* »¹³¹¹. En effet, « *le fait pour un particulier de ne pas se trouver dans le champ d'application d'une loi, de ne pas remplir les conditions d'admission à concourir ou l'obligation à la charge de l'autorité de tutelle d'annuler des décisions ou des délibérations illégales sont et doivent être examinées d'office par le juge de l'excès de pouvoir. C'est que, il ne faut pas l'oublier, l'action en excès de pouvoir est intentée pour faire dire par le juge si la situation du demandeur était juridiquement protégée ; or, il est bien évident que, dans la mesure où il se révèle que la compétence de l'administration était liée, la situation du demandeur n'était nullement protégée, au contraire* »¹³¹².

Il n'y a donc pas dans ce cas, comme d'ailleurs dans celui de la substitution de base légale, véritablement excès de pouvoir, mais seulement une erreur sur le motif susceptible de justifier la décision attaquée, une décision qui, dans tous cas de figure, devait être prise¹³¹³.

La substitution de motifs a été ensuite étendue par le Conseil d'État, par sa décision de Section *Madame Hallal* en date du 6 février 2004¹³¹⁴, à l'hypothèse où l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire¹³¹⁵. Dans cette affaire, la Haute juridiction administrative avait été saisie d'un recours ayant tendu à l'annulation de la décision du 10 octobre 2001 par laquelle la commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France avait rejeté le recours de Madame Hallal contre la décision du Consul général de France à

¹³¹¹ B. Kornprobst, thèse précitée, p. 293.

¹³¹² B. Kornprobst, thèse précitée, p. 293.

¹³¹³ Comme l'a justement bien rappelé le commissaire de gouvernement Josse dans ses conclusions sur l'affaire Augier (précité) : « *Ce à quoi peuvent prétendre les administrés, c'est au respect de leurs droits au fond. Peu importe le motif donné si la décision est en réalité légalement justifiée* ».

¹³¹⁴ Rec. p. 48, concl., I. de Silva, *A.J.D.A* 2004, p. 436, chron., F. Donnat et D. Casas ; *Rev. Trésor* 2004, p. 784, note J.-L. Pissaloux ; *R.D.P* 2005, p. 530, chron. C. Guettier.

¹³¹⁵ C'est-à-dire, cela correspond à l'hypothèse dans laquelle l'administration est libre dans ses mouvements, la conduite à tenir ne lui est pas préalablement édictée par une règle de droit. Voir dans ce sens : L. Michoud, *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, *R.G.A* 1914, T. III. p. 9.

Annaba (Algérie) du 28 juin 2001 lui ayant refusé un visa de long séjour sur le territoire français. La décision de refus avait été motivée par un motif erroné tiré du fait que la requérante n'était pas isolée dans son pays d'origine. Un autre motif avait été invoqué, sans succès, au cours d'instance lié au fait que la requérante n'établissait pas, à la date du refus de visa, qu'elle percevait des ressources de la part de ses enfants français qui résidaient en France. Après avoir examiné ce motif nouveau, le Conseil d'État a considéré « *qu'il ne résult[ait] pas de l'instruction, eu égard notamment aux éléments fournis par Mme Hallal à l'appui de son mémoire en réplique, que la commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France aurait pris la même décision si elle avait entendu se fonder initialement sur ce motif ; qu'il n'y [avait] dès lors pas lieu de procéder à la substitution demandée* » et a par conséquent prononcé l'annulation de la décision de la commission précitée.

Ayant rompu avec la logique binaire de la jurisprudence *Augier*, qui voyait dans la distinction entre compétence liée et pouvoir discrétionnaire l'élément déterminant dans la possibilité d'une substitution de motifs¹³¹⁶, la solution retenue par le Conseil d'État dans cette affaire Madame Hallal appelle deux observations. **En premier lieu**, cette décision a mis fin à un état de droit¹³¹⁷ qui, jusque-là, refusait à l'administration de régulariser sa décision devant le juge en invoquant *a posteriori* un motif nouveau, et ce même si ce dernier pouvait justifier légalement la décision attaquée¹³¹⁸. Désormais, ainsi que le rappelle un considérant de principe de cet arrêt, « *l'administration peut, en première instance comme en appel, faire valoir devant le juge de l'excès de pouvoir que la décision dont l'annulation est demandée est légalement justifiée par un motif, de droit ou de fait, autre que celui initialement indiqué, mais également fondé sur la situation existant à la date de cette décision* ». **En second lieu**, cette décision précise les conditions pour que le juge administratif puisse procéder à cette

¹³¹⁶ A. Claeys, *La technique juridictionnelle de la substitution de motifs et l'office du juge de l'excès de pouvoir, Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, précité, p. 310.

¹³¹⁷ Un premier pas a d'ailleurs été déjà franchi dans ce sens par le juge du plein contentieux, CE, Sect. 23 novembre 2001, *Compagnie nationale Air France*, req., n° 195550 : à propos de la substitution de motifs dans le cadre d'une décision infligeant une sanction administrative.

¹³¹⁸ CE, Sect., 23 juillet 1976, *Ministre du Travail c/ URSSAF du Jura*, *Rec.*, p. 362, *A.J.D.A* 1976, p. 416, chron. Nauwelaers et Fabius, *Rev. adm.* 1976, p. 607, concl. Dondoux : « *Considérant, il est vrai, que le ministre a, à l'appui de ses conclusions de première instance et d'appel, invoque, pour établir que la décision attaquée était légale, un autre motif tiré des conséquences qu'aurait eues sur l'équilibre financier de la sécurité sociale l'octroi à ses agents par l'union de recouvrement des cotisations... ; que cette circonstance, même si ce dernier motif aurait pu justifier légalement la décision attaquée, n'est pas de nature à rendre légal cette décision, qui comme il a été dit ci-dessus, a été prise sur la base d'un seul motif, lequel était erroné en droit ; que, dans ces conditions, le ministre du travail n'est pas fondé à se plaindre que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Besançon a annulé, pour excès de pouvoir, ladite décision ;* » Rjet.

substitution. Tout d'abord, et « *afin de préserver la conception d'ensemble du contrôle de légalité par le recours pour excès de pouvoir* »¹³¹⁹, le motif nouveau invoqué par l'administration doit être fondé sur la situation existant à la date de sa décision. L'administration ne peut donc, par exemple, invoquer ni une législation nouvelle ni des faits postérieurs à l'acte attaqué, ce qui le ferait sortir du cadre du recours pour excès de pouvoir¹³²⁰. Ensuite, le requérant doit être mis à même de présenter ses observations sur la substitution ainsi sollicitée¹³²¹ et cette dernière ne devant pas le priver d'une garantie procédurale liée au motif substitué¹³²². Cette condition est applicable aussi bien au jugement au fond qu'aux procédures de référé, et cela dans des conditions adaptées à l'urgence qui caractérise ces dernières¹³²³. Enfin, la substitution de motifs dans l'hypothèse d'une compétence discrétionnaire doit être demandée au juge par l'administration auteur de la décision attaquée¹³²⁴, et ne peut être demandée que par elle¹³²⁵. Cela exclut, bien évidemment, à la différence de la substitution de base légale¹³²⁶, toute substitution opérée d'office par le juge de l'excès de pouvoir¹³²⁷. Cette dernière ne rentre pas, en effet, dans son office¹³²⁸.

Si ces conditions sont réunies, le juge doit rechercher si le motif nouveau invoqué par l'administration est de nature à fonder légalement la décision, puis apprécier s'il résulte de l'instruction que l'administration aurait pris la même décision si elle s'était fondée initialement sur ce motif¹³²⁹.

Quelques exemples illustrent l'emploi par le juge de la technique de substitution de motifs, dans l'hypothèse d'un pouvoir discrétionnaire, pour valider une décision administrative.

¹³¹⁹ G.A.C.A commentaire n° 68.7, p. 1277.

¹³²⁰ Idem.

¹³²¹ Voir dans ce sens par exemple : CE, 12 janvier 2004, *SARL Bar Brasserie du Parvis et autre*, req. n° 252408.

¹³²² Voir dans ce sens : CAA Bordeaux, 24 avril 2006, *Centre hospitalier d'Arcachon*, req. n° 02BX01088.

¹³²³ CE, 15 mars 2004, *Commune de Villasavary*, req. n° 261130, *A.J.D.A* 2004, p.1311, concl. D. Chauvaux.

¹³²⁴ CE, 4 février 2013, *Section de la Communauté de Brousse-et-Selves*, Rec., T. 466.

¹³²⁵ CE, 5 février 2014, *Sté Pludis*, req. n° 367815.

¹³²⁶ CE, Sect., 3 décembre 2003, *Préfet Seine-Maritime c/ El Bahi*, précité.

¹³²⁷ Voir dans ce sens, J.-L. Pissaloux, note précitée : « *la substitution de motif ne peut avoir lieu d'office* ».

¹³²⁸ CE, 11 janvier 2007, *Ministre de l'Ecologie et du développement durable c/ Société Barbazanges Tri Ouest*, Rec., T. p. 1039. Voir dans ce sens, G.A.C.A, n° 68.7, p. 1277, précité.

¹³²⁹ CE, 26 mai 2004, *Mme Kamir X. et M. Brahim X.*, req. n° 249518 : à propos d'un refus de visa ; CE, 12 janvier 2005, *SARL Bar Brasserie du Parvis*, req. n° 252408 : à propos du autorisation de transfert d'un débit de boissons dans une zone protégée.

Voir dans ce sens : P.-L. Frier, *Motifs (Contrôle des), Répertoire contentieux administratif, Dalloz*, septembre 2005 (actualisation : octobre 2014), précité.

C'est ainsi, et contre l'avis de son rapporteur public, que le Conseil d'État a, dans ses décisions *Association Les Authentiks* et *Association Supras Auteuil 91* en date du 13 juillet 2010 (req. n^{os} 339257 et 339293)¹³³⁰, répondu favorablement à la demande de substitution de motifs présentée par le ministre de l'Intérieur pour justifier sa décision de dissoudre deux associations de supporters du Paris Saint-Germain. Le motif initialement retenu par le ministre dans ses décisions était tiré d'actes répétés de dégradation de biens et de violences sur des personnes commis les 12 septembre 2009, 13 septembre 2009, 5 décembre 2009, 9 février 2010 et 28 février 2010. Or, ces faits n'ont pas été établis par les pièces versées au dossier. En revanche, les faits survenus le 28 février 2010, invoqués par le ministre dans son mémoire en défense communiqué aux associations requérantes, et ayant consisté en des jets de projectiles sur les forces de l'ordre et en la participation à des faits graves et avérés de violence ayant notamment conduit au décès d'un supporter, ont été jugés suffisamment graves par le Conseil d'État pour justifier à eux seuls la dissolution prononcée. La Haute juridiction administrative a également accueilli une demande de substitution de motifs dans la décision de refus de permis de construire invoquée par un maire dans son mémoire d'appel, communiqué au requérant, tirée de ce que le dit maire avait compétence liée pour refuser ledit permis de construire au motif que le propriétaire du terrain enclavé n'avait pas justifié l'existence d'une servitude de passage instituée par acte authentique ou par voie judiciaire conformément aux dispositions de l'article II NA 3 du règlement du plan d'occupation des sols¹³³¹. Cette substitution permet encore d'aller assez loin, par exemple en remplaçant le motif retenu pour refuser un permis de construire par celui tiré de l'application d'un document d'urbanisme remis rétroactivement en vigueur du fait de l'annulation par la Cour administrative d'appel du jugement du tribunal administratif qui en avait prononcé l'annulation¹³³². La solution retenue par le Conseil d'État dans la jurisprudence *Hallal* joue enfin en matière de référé¹³³³, à condition, ainsi qu'il a été rappelé précédemment, que cette substitution soit adaptée à l'urgence caractérisant cette procédure¹³³⁴.

¹³³⁰ A.J.D.A, 2010, p.1452, obs., J.-M. Pastor.

¹³³¹ CE, 11 avril 2005, *Commune Bessan*, req. n° 258250, B.J.D.U 2005, n° 2, p. 148, concl. E. Prada-Bordenave, *Gaz. Pal.* 9-11 avr. 2006, p. 27. Voir dans ce sens : CAA Marseille, 12 avril 2007, Bonifay, *Études foncières mai-juin* 2007, p. 41, note J.-P. Demouveau ; CAA Versailles, 10 mai 2007, *Aires Maia*, BJDU 2007, n° 5, p. 400, *JurisClasseur Adm.* 2011, Fasc. 452-10 : *PERMIS DE CONSTRUIRE. – Contentieux administratif*. Voir également pour un sens contraire, c'est-à-dire pour une substitution de motifs légitimant un permis de construire : CE, 11 janvier 2006, n° 271387, R. : *JurisData* n° 2006-069530.

¹³³² CE, 21 juillet 2009, *Maia*, req. n° 307540, Rec. T. P. 983. Voir dans ce sens, *G.A.CA*, note sur l'arrêt *Hallal* n°68, précité.

¹³³³ CE, 17 juin 2006, *Sté construction vente "Les Mouettes"*, Req., n° 286243, à propos de substitution de motif dans une procédure de référé en matière d'urbanisme.

¹³³⁴ CE, 15 mars 2004, *Commune de Villasavary*, req., n° 261130, A.J.D.A 2004, p.1311, concl. D. Chauvaux.

La substitution de motifs trouve toutefois des limites lorsqu'elle vise, notamment, à valider une décision qui n'aurait pas le même objet que celui de la décision contestée par le requérant¹³³⁵ : la substitution est prohibée dans ce cas. Elle ne peut pas davantage intervenir lorsque l'autorité compétente a décliné à tort sa compétence¹³³⁶. L'administration ne peut pas non plus demander au juge de procéder à une substitution de motifs lorsque sa décision est insuffisamment motivée, car une demande de substitution dans cette hypothèse ne saurait, en tout état de cause, remédier au vice de forme résultant de l'insuffisance de motivation¹³³⁷.

Enfin, la possibilité d'une substitution de motifs en matière d'urbanisme peut se heurter à la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, qui a inséré une nouvelle disposition dans l'article L. 424-3 (Ord. no 2005-1527 du 8 déc. 2005, art. 15-II, en vigueur le 1^{er} oct. 2007) du Code de l'urbanisme, lequel dispose : « *Lorsque la décision rejette la demande ou s'oppose à la déclaration préalable, elle doit être motivée.* (L. no 2015-990 du 6 août 2015, art. 108). *Cette motivation doit indiquer l'intégralité des motifs justifiant la décision de rejet ou d'opposition, notamment l'ensemble des absences de conformité des travaux aux dispositions législatives et réglementaires mentionnées à l'article L. 421-6. Il en est de même lorsqu'elle est assortie de prescriptions, oppose un sursis à statuer ou comporte une dérogation ou une adaptation mineure aux règles d'urbanisme applicables* ».

Avec cette réforme, on peut s'interroger sur l'efficacité de la jurisprudence *Hallal*, puisque l'administration doit désormais « *indiquer l'intégralité des motifs justifiant la décision de rejet ou d'opposition, notamment l'ensemble des absences de conformité des travaux aux dispositions législatives et réglementaires mentionnées à l'article L. 421-6* ».

¹³³⁵ CE, 15 juin 2007, *M. et Mme Djabeur Djezzar*, Rec., T. p. 666, 882 et 1039.

¹³³⁶ CE, ord., 16 mai 2007, *Joseph*, Rec. T. P. 666 et 1034 ; CE, 9 avril 2010, *Jean Serge Olivier X.*, req. n° 320523.

¹³³⁷ CE, 25 avril 2007, *Rosenthal*, Rec., T. p.696 et 1039 ; CE, 31 mars 2010, *Mme Suzanne A.*, req. n°306122 .

B. Les techniques neutralisantes : le juge tempère les vices entachant l'action administrative

De même qu'il peut valider une décision administrative en procédant à une substitution soit de motifs soit de base légale, le juge de l'excès de pouvoir peut également refuser de tirer la conséquence mécanique d'une illégalité, à savoir l'annulation, en opérant une neutralisation des effets de cette illégalité, et cela qu'il s'agisse d'une illégalité externe ou d'une illégalité interne.

1. La neutralisation des effets d'une irrégularité externe : de l'hypothèse du vice non substantiel à l'hypothèse de la sanction exceptionnelle (la jurisprudence Danthony)

La neutralisation des effets d'une irrégularité externe est un procédé permettant au juge administratif de couvrir¹³³⁸, et donc de ne pas sanctionner, la violation d'une règle de forme¹³³⁹ ou de procédure dans l'élaboration d'une décision administrative.

Dans cette hypothèse, le moyen tiré de l'illégalité externe de la décision administrative attaquée, de la méconnaissance par l'administration des règles de forme ou de procédure qui précèdent et accompagnent sa décision, devient inopérant quant à sa légalité et ne peut, en conséquence, être regardé comme une cause de nullité de celle-ci.

La neutralisation des effets d'une irrégularité externe dans une décision administrative est une atténuation du principe selon lequel toute règle de forme, toute formalité imposée par un texte législatif ou réglementaire ou par un principe général du droit a un caractère substantiel et doit, en conséquence, être respectée par l'administration, faute de quoi sa décision encourt l'annulation¹³⁴⁰. Il faut rappeler en effet que l'obligation de respecter certaines règles de forme (formalités) ou de procédure est une garantie fondamentale destinée à protéger aussi bien les administrés, « assurés, grâce à elle, que les décisions prises à l'encontre de leurs droits, ou de leurs intérêts seront précédés d'un examen sérieux, objectif et impartial des circonstances de droit et de fait, ou encore que l'exécution de ces décisions ne pourra être poursuivie d'une manière arbitraire »¹³⁴¹, que l'administration elle-même, la régularité de la procédure présument en quelque sorte la légalité de sa décision¹³⁴².

¹³³⁸ Terme utilisé par J.-J. Israel, *La régularisation en droit administratif français, étude sur le régime de l'acte administratif unilatéral*, L.G.D.J 1981, notamment, p. 29.

¹³³⁹ « Le vice de forme, dit Laferrière, consiste dans l'omission ou dans l'accomplissement incomplet ou irrégulier des formalités auxquelles un acte administratif est assujéti par les lois et règlements », *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, T. II, 2^{ème} édition, précité, p. 520.

¹³⁴⁰ R. Odent, *Contentieux administratif*, T. II, Dalloz, précité, p. 429.

¹³⁴¹ J.-M. Auby, *Procédure administrative non contentieuse*, D. 1956, chron., p. 27.

¹³⁴² Voir dans ce sens, G. Jèze, qui voit dans les formes une des « garanties automatiques imaginée par les lois et règlements pour assurer le bon fonctionnement des services publics, en empêchant les décisions irréfléchies, hâtives, insuffisamment étudiées. Il faut protéger par des formes, à la fois les intérêts généraux de la collectivité, et aussi les intérêts des particuliers des individus touchés par les mesures prises par les agents publics », *Les principes généraux du droit administratif*, M. Giard, Paris, 3^{ème} édition 1926, p. 276. Pour R. Odent, les : « Formes et formalités n'ont de valeur pratique et juridique que dans la mesure où elles constituent des garanties destinées à protéger tout à la fois les administrés et l'administration elle-même. Chacune des prescriptions de forme, chacune des règles de procédure qu'une autorité publique doit observer pour prendre une décision a pour objet de l'éclairer, de lui imposer un délai de réflexion, de l'obliger à examiner les divers aspects d'une question, à peser les avantages et les inconvénients de chacune des solutions possibles, à entendre les arguments en sens contraire des intéressés », *Contentieux administratif*, T. II, p. 425, précité. Pour R. Chapus,

Une décision bien rendue est une décision régulière ; à l'inverse, une décision qui méconnaît les règles de forme est une décision irrégulière, et encourt en conséquence l'annulation. Cela s'explique par le fait que le vice de procédure ou de forme est une cause de nullité beaucoup plus absolue¹³⁴³ qui affecte immédiatement la légalité de la décision administrative¹³⁴⁴, et cela « *sans qu'il soit besoin à un texte de le prévoir* »¹³⁴⁵.

Toute méconnaissance par l'administration d'une formalité ou d'une procédure qui lui est imposée ou qu'elle a librement choisie dans le processus d'élaboration de sa décision devrait, en principe, être sanctionnée. Les formalités ou formes auxquelles est assujettie son action ne doivent en effet « *jamais être considérées comme des procédures de pure forme, comme un appareil extérieur destiné à donner plus de solennité à l'acte ; dans la pensée de la loi, elles sont des garanties offertes aux intéressés, au public, à l'administration elle-même, contre les décisions hâtives ou insuffisamment étudiées* »¹³⁴⁶.

Cependant, avec la multiplication des normes relatives aux formes des décisions administratives et en raison de la nécessité pour l'administration de répondre aux besoins - parfois très pressants- du service public¹³⁴⁷, l'accomplissement de toutes les formalités ou encore l'observation de toutes les formes nécessaires à l'élaboration d'une décision administrative peuvent s'avérer « *un véritable parcours du combattant* », dont « *chaque phase*

« *des règles organisant la procédure d'élaboration des décisions (...) sont destinées à éclairer l'autorité compétente, ainsi que dans certains cas à garantir de plus le respect des droits et intérêts des administrés* », *Droit administratif général*, Montchrestien, 15^{ème} édition 2001, Tome 1, p. 1030. Pour J. Moreau, « *Gage de réflexion et d'ordre pour l'autorité administrative, elles (les formes et procédures) constituent souvent de précieuses garanties contre l'arbitraire* », *Droit administratif*, PUF, 1989, p. 181-182.

¹³⁴³ A. De Laubadère, *Traité de droit administratif*, T. I, L.G.D.J 1970, 5^{ème} édition, précité, n° 887.

¹³⁴⁴ Même si l'administration pourra toujours reprendre, après l'annulation de sa décision, la même décision en suivant cette fois-ci les formes et formalités nécessaires à l'élaboration de sa décision annulée.

¹³⁴⁵ G. Dumortier, *L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure*, Concl., sous CE, 23 décembre 2011, *Danthony*, req., n° 335033, *R.F.D.A* 2012, p.284. Monsieur Dumortier insiste également sur le fait que « *Le vice de procédure ...est un moyen d'annulation aussi ancien que l'incompétence et parfois assimilé à elle, celui qui use de son pouvoir en dehors de la procédure légale étant regardé comme commettant un excès de pouvoir semblable à celui qui empiète sur les pouvoirs d'autrui* ».

¹³⁴⁶ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, T. II, 2^{ème} édition, précité, p. 520.

¹³⁴⁷ Ajouter à cela « *La complexité de l'intervention de l'administration, la nécessité de tenir compte d'intérêts divergents, les difficultés qui sont liées à la collecte des informations complexes, mais aussi l'évolution rapide des règles de fond, ce qu'on appelle l'inflation normative, tout ceci fait qu'assez souvent les actes administratifs, qu'il s'agisse d'actes réglementaires, de décisions de planification, de mesures relatives à des infrastructures ou des décisions individuelles classiques, sont entachées de certains vices* », J.-M. Woehrling, *Un aspect méconnu de la gestion administrative : la régularisation des procédures et décisions illégales*, *Revue française d'administration publique (R.F.A.P)* 2004/3, n° 111, p. 533-545.

du processus [peut] être la source d'irrégularités qui entraînent l'effondrement de [celle-ci]
»¹³⁴⁸.

Dans de telles conditions, et si on s'en tient au principe de légalité dans sa signification la plus stricte, ce qui veut dire que tout vice affectant la décision mérite la même sanction, à savoir l'annulation de la décision attaquée, on risque de faire du vice de procédure (omission, erreur, irrégularités diverses.) un véritable facteur d'instabilité de l'action administrative. « *Toute irrégularité, fut-elle simplement de forme ou de procédure, fût-elle sans incidence directe sur le contenu de la décision contestée* »¹³⁴⁹ pourra, en effet, provoquer l'anéantissement de cette action administrative.

Pour toutes ces raisons¹³⁵⁰, et afin ne pas verser dans « *un formalisme pointilleux* »¹³⁵¹ qui rendrait « *impossible* »¹³⁵² toute vie administrative¹³⁵³, le Conseil d'État a, tout d'abord, tenté d'élaborer une jurisprudence pragmatique¹³⁵⁴ en la matière, avant de faire ensuite, par sa décision *Danthony* du 23 décembre 2011¹³⁵⁵, de la sanction du vice de procédure une quasi « *exception* »¹³⁵⁶.

En effet, dans un premier temps, afin de garantir un juste équilibre entre la sauvegarde nécessaire des exigences formelles et procédurales et l'excès de formalisme¹³⁵⁷, la jurisprudence a tenté, par des solutions qui n'étaient pas toujours cohérentes, de distinguer entre ce qui était substantiel et ce qui ne l'était pas dans les formes ou formalités à accomplir dans une prise de décision administrative. Et pour ce faire, deux solutions étaient envisagées.

¹³⁴⁸ G. Braibant, *Du simple au complexe, quarante ans de droit administratif, 1953-1993*, E.D.CE, 1994, p. 415.

¹³⁴⁹ R. Hostiou, *Nature et portée du contrôle exercé par le juge administratif sur la légalité des décisions administratives complexes : le contentieux de la déclaration d'utilité publique en droit français*, L.P.A 27 juin 2001, précité.

¹³⁵⁰ Et surtout, lorsqu'on sait que rien n'interdit à l'administration, dont la décision est censurée, de reprendre la même décision en y mettant les formes nécessaires.

¹³⁵¹ A. De Laubadère, *Traité de droit administratif*, T. I, précité, n° 887.

¹³⁵² G. Vedel, P. Delvolé, *Droit administratif*, T. II, PUF, 1992, précité, p. 311.

¹³⁵³ J.-J. Israël, *La régularisation en droit administratif français, étude sur le régime de l'acte administratif unilatéral*, précité, p. 29.

¹³⁵⁴ Le professeur De Laubadère (*Traité de droit administratif*, T. I, L.G.D.J 1970, 5^{ème} édition, n° 887) parle quant à lui de jurisprudence « *empirique* ». Nous lui préférons le terme pragmatique, qui, selon nous, répond d'avantage aux évolutions jurisprudentielles de ces dernières années.

¹³⁵⁵ Req. n° 335033, A.J.D.A 2012, 195, chron. X. Domino et A. Bretonneau, R.F.D.A. 2012, p. 284, concl. G. Dumortier, p. 296, note P. Cassia et p. 423, étude R. Hostiou, J.C.P. Adm., 2012, n° 2089, note C. Broyelle ; J.C.P. G 2012, 558, note D. Connil et 723, chron. G. Eveillard, G.A.J.A, n° 117.

¹³⁵⁶ B. Pacteau, *Danthony au cinéma*, A.J.D.A 2012, p.1957.

¹³⁵⁷ F. Blonco, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité : contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, Thèse précitée, p. 329.

Dans la première solution, le juge pouvait considérer une formalité comme substantielle dans son principe, c'est-à-dire « *indépendamment des données propres à chaque espèce ... [et] sans qu'il ait à rechercher l'incidence concrète de sa méconnaissance sur le sens de la décision* », rappelle à ce propos le Président Labetoulle dans sa contribution dans les mélanges en l'honneur du Professeur Yves Jégouzo¹³⁵⁸. Dans ce premier cas de figure, on songe, bien évidemment, aux formalités prévues par la loi¹³⁵⁹, en principe obligatoires, et dont l'omission entache l'action administrative d'un vice de forme et donc d'irrégularité. En effet, « *Lorsqu'une des formes prescrites [par la loi] a été entièrement omise, lorsqu'une autorité a statué sans enquête, sans avis préalable, sans vérification contradictoire, etc., dans un des cas où ces formalités sont requises, il y a vice de forme et, par suite, excès de pouvoir. Cette règle est conforme à la stricte notion de l'excès de pouvoir, car lorsque le droit de décision d'une autorité est subordonné par la loi à certaines formalités sans lesquelles la décision n'est pas présumée bien rendue, l'autorité qui statue sans en tenir compte exerce en réalité un pouvoir qui ne lui appartient pas* »¹³⁶⁰. On songe également, et surtout, aux formalités constituant pour les administrés une garantie fondamentale, comme le respect des droits de la défense, qui exige la mise en œuvre, notamment, d'une procédure contradictoire en cas de sanction. Concrètement, cela veut dire, que « *lorsqu'une décision administrative prend le caractère d'une sanction et qu'elle porte [une] atteinte assez grave à une situation individuelle, la jurisprudence exige que l'intéressé ait été mis en mesure [et donc que soient garantis les droits de la défense] de discuter les motifs de la mesure [qui] le frappe* »¹³⁶¹. À ce propos, la décision *Dame Veuve Trompier-Gravier* (précitée) est suffisamment claire : « *eu égard au caractère que présentait dans les circonstances susmentionnées le retrait de l'autorisation et à la gravité de cette sanction, une telle mesure ne pouvait légalement intervenir sans que la dame veuve Trompier-Gravier eût été mise à même de discuter les griefs formulés contre elle ; (...) la requérante, n'ayant pas été préalablement invitée à présenter ses moyens de défense, est fondée à soutenir que la décision attaquée a été prise dans des conditions irrégulières par le préfet de la Seine et est, dès lors, entachée d'excès de pouvoir* »¹³⁶². Consacré en tant que

¹³⁵⁸ D. Labetoulle, *Le vice de procédure, parent pauvre de l'évolution du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation in Terres du droit. Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz 2009, précité, p. 484.

¹³⁵⁹ Ici, il faut comprendre la loi dans son sens général.

¹³⁶⁰ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux*, T. II, 2^{ème} édition, précité, p.521. Voir également dans ce sens, R. Hostiou, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, précité, p. 238 : « *Lorsqu'une forme est prescrite, elle doit être effectivement accomplie. Son omission entache l'acte de vice de forme* ».

¹³⁶¹ Chenot, concl., sous CE, Sect., 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, Rec. p. 1333, D. 1945, p. 110, note de Soto, ; R.D.P 1944, p. 256, note Jèze.

¹³⁶² Voir dans ce sens, CE, Ass., 26 octobre 1945, *Aramu, Rec.*, p. 213.

principe général du droit¹³⁶³, le respect des droits de la défense¹³⁶⁴ exige, par exemple, qu'avant l'édition d'une sanction administrative l'intéressé puisse prendre connaissance en temps utile des mesures envisagées contre lui, afin d'être en mesure de présenter sa défense¹³⁶⁵, en se faisant éventuellement assister d'un avocat, et avoir accès à son dossier, et ce même si le texte applicable ne le prévoit pas¹³⁶⁶.

Dans la seconde solution, le juge pouvait s'attacher non à la formalité elle-même, ou du moins pas à elle seule, mais aux « *conséquences effectives [qu'avait] eues le « vice » constitué par cette méconnaissance [et cela par] une appréciation portée après coup et [ayant englobé] l'ensemble des circonstances de l'espèce* »¹³⁶⁷. Dans une telle hypothèse, et du point de vue du contrôle de la légalité, le moyen de légalité tiré de la méconnaissance par l'administration d'une règle de forme ou de procédure, qui n'avait pas eu d'influence, qui n'était donc pas substantielle quant au sens de la décision prise, était écarté, mais dans le cas contraire, pouvait motiver l'annulation pour excès de pouvoir de cette décision¹³⁶⁸.

À première vue, il semblait résulter de cette distinction une jurisprudence cohérente. Cependant, il n'en a rien été ! En effet, les solutions consacrées, jusqu'alors par le Conseil d'État étaient imprévisibles¹³⁶⁹ et consistaient en annulations pour vices de forme « *dans certains cas exagérément formalistes [, qui ne satisfaisaient] souvent ni le juge, ni l'administration* »¹³⁷⁰. Les critères supposés faciliter l'identification d'une formalité substantielle dans l'élaboration d'une décision administrative « *étaient parfois combinés ou*

¹³⁶³ Puis en tant que principe à valeur constitutionnel avec la décision CC Déc., n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, JORF p. 4964.

¹³⁶⁴ Voir dans ce sens, l'arrêt *Dame Veuve Trompier-Gravier*, précité.

¹³⁶⁵ CE, 8 novembre 1963, *Ministre de l'Agriculture c/Coopérative d'insémination artificielle*, Rec., p. 532, A.J.D.A. 1964, p. 28 chron., Fourré et Pyabasset.

¹³⁶⁶ CE, 23 octobre 1964, *d'Oriano*, Rec. p. 486, R.D.P 1965, p. 282, concl. Bernard ; D. 1965, p. 9, note D. Ruzié ; A.J.D.A 1964, p. 684, chron., M. Puybasset et J.-P. Puissochet. Voir dans ce sens : J.-F. Lachaume, H. Pualiat, S. Braconnier, C. Deffigier, *Droit administratif, Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF 2014, 16^{ème} édition, précité, p. 691.

¹³⁶⁷ D. Labetoulle, *Le vice de procédure, parent pauvre de l'évolution du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation in Terres du droit. Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz 2009, précité, p. 479.

¹³⁶⁸ Voir dans ce sens, R. Odent : « *Un vice de forme susceptible d'avoir influencé le sens d'une décision entache cette décision d'excès de pouvoir. Au contraire, un vice de forme dont il est certain qu'il n'a pas eu aucune influence sur le sens de la décision prise n'est pas de nature à motiver l'annulation pour excès de pouvoir de cette décision* », Contentieux administratif, T. II, Dalloz 2007, précité, p. 429.

¹³⁶⁹ X. Domino, A. Bretonneau, *Le vice, mode d'emploi*, A.J.D.A, 2012 p.195.

¹³⁷⁰ R. Odent, *Contentieux administratif*, T. 2, Dalloz 2007, Dalloz 2007, précité, p. 433. Voir également dans ce sens, J.-M. Sauvé, courrier cité in J.-L. Warsmann, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, Documentation française, collection des rapports officiels, 2009, p. 35 : « *trop d'annulations sont prononcées ou d'exception d'illégalité accueillies pour des défauts de consultation d'organismes marginaux ou pour des vices mineurs affectant la composition de l'organisme à consulter ou le déroulement de la consultation* ».

dissociés, sans que l'on sache très bien comment ni pourquoi, de sorte que le vice de procédure était - est encore ? - à la fois un pari pascalien pour le demandeur (« si vous gagnez, vous gagnez tout ; si vous perdez, vous ne perdez rien ») et une roulette russe pour le défendeur »¹³⁷¹. Ainsi, à titre d'exemple, dans sa décision *Sieur Quesnel* en date du 13 juillet 1963, le Conseil d'État a jugé que la circonstance que les pièces du dossier communiqué au requérant n'étaient pas enregistrées ni numérotées ni classées sans discontinuité, conformément aux exigences de la loi, ne constituait pas un vice de procédure de nature à entraîner l'annulation de la mesure disciplinaire frappant l'intéressé¹³⁷². De même, dans une autre espèce, la Haute juridiction administrative a considéré, à propos d'une procédure préalable à la déclaration d'utilité publique, « que l'omission de recueillir en temps voulu l'avis du ministre de l'Agriculture prévu à l'article 12 du décret du 6 juin 1959, et qui n'a été donné que postérieurement à l'intervention du décret attaqué, ne [pouvait] être regardé comme ayant constitué, dans les circonstances de l'espèce, un vice de forme substantiel de nature à entacher la régularité de l'ensemble de la procédure »¹³⁷³. Alors que, dans une autre espèce, et après avoir rappelé solennellement que « s'il appartient à l'autorité administrative de procéder à la publicité de l'ouverture de l'enquête publique dans les conditions fixées par les dispositions précitées, **il revient toutefois au juge de l'excès de pouvoir d'apprécier si la méconnaissance de ces dispositions, eu égard à ses conséquences, est de nature à justifier l'annulation de la procédure** », le Conseil d'État a jugé que « le retard de trois jours constaté dans la publication de l'un des avis préalables d'ouverture de l'enquête publique, eu égard à la brièveté de la durée de l'enquête publique limitée à dix jours, d'une part, à l'importance du projet d'aménagement du centre-ville, d'autre part, et à la circonstance que, en définitive, le rapport du commissaire enquêteur ne mentionn[ait] que quatre observations dont celles de Mme A et de son locataire, [devait] être regardé comme ayant pu faire obstacle à ce que l'ensemble des personnes intéressées puissent faire valoir leurs observations en temps utile ; que, dans ces conditions, le fait que l'avis au public [avait] été publié tardivement [avait] eu pour effet d'entacher d'irrégularité la procédure d'enquête ... »¹³⁷⁴.

¹³⁷¹ P. Cassia, *L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure*, note sous CE, 23 décembre 2011, req. n° 335033, *Danthony*, R.F.D.A. 2012 p.296.

¹³⁷² CE, 13 juillet 1963, *Sieur Quesnel*, Rec. p. 461. Voir dans ce sens, F. Blanco, thèse précitée, p. 331.

¹³⁷³ CE, Ass., 7 mars 1975, *Association des amis de l'Abbaye de Fontevraud et Groupement de défense interdépartemental de la forêt de Fontevraud*, req., n°s 89011 et 89128, A.J.D.A. 1976, p. 208, note R. Hostiou.

¹³⁷⁴ CE, 16 mai 2008, *Commune de Cambon d'Albi*, req. n°289316, A.J.D.A. 2008, p.963, R.D.I 2008, p.436, obs. R. Hostiou.

S'agissant ensuite de l'appréciation de l'importance du « vice » constitué par la méconnaissance d'une formalité substantielle, le Conseil d'État a, par exemple, annulé un arrêté préfectoral ayant autorisé l'extension d'une carrière, au seul motif que l'avis émis par la commission des carrières du département était vicié par la composition irrégulière de cette dernière, et cela indépendamment de l'arrêté du préfet ayant autorisé cette l'extension¹³⁷⁵ ; ou encore les délibérations par lesquelles un conseil municipal avait arrêté le projet de révision du plan d'occupation des sols de sa commune, au motif que la composition irrégulière d'un groupe de travail associé à cette révision, et dont la consultation n'était pourtant pas obligatoire, avait eu une influence sur la délibération de ce conseil et l'avait donc entaché d'illégalité¹³⁷⁶.

Ensuite, ayant généralisé une disposition législative (la loi n° 2011-525 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit du 17 mai 2011)¹³⁷⁷ adoptée pour le cas des consultations¹³⁷⁸, le Conseil d'État a, par sa décision d'Assemblée *Danthony du 23 décembre 2011*¹³⁷⁹, clarifié « *ce nid de paradoxes* »¹³⁸⁰ qui, jusque-là, dominait la question des vices de forme et de procédures en droit administratif.

¹³⁷⁵ CE, 7 avril 1999, *SA Castille*, req. n° 151937, *Rec.* p. 599 : « au cours de sa séance du 7 mai 1992, la Commission des carrières du département de l'Hérault a émis, sur la demande de la SA Castille tendant à l'extension de la superficie de la carrière qu'elle exploitait sur le territoire de la commune de Thézan-les-Bézières, un avis favorable adopté à une voix de majorité, le représentant de la profession des exploitants de carrières et son suppléant ayant tous deux voté en faveur de cette extension ; que la participation au vote du représentant suppléant alors que le représentant titulaire était présent a, dans les circonstances de l'espèce, constitué une irrégularité, de nature à vicier l'avis émis par la Commission ; que, par suite, l'arrêté contesté du préfet de l'Hérault du 3 juin 1992 a été pris au terme d'une procédure irrégulière ».

¹³⁷⁶ CE, 25 février 1998, *Commune d'Évreux et SCI du Bois-Jolet*, req. n° 150708, *Rec.* p. 696, *R.D.I.* 1998. 229, obs. J. Morand-Deviller et L. Touvet : « Considérant qu'en vue d'arrêter le projet de plan révisé, le maire d'Évreux a constitué, alors même qu'aucune disposition législative ou réglementaire ne lui en faisait obligation, un groupe de travail composé des personnes associées à cette révision ; que ce groupe de travail, dès lors qu'il avait été créé, ne pouvait siéger valablement que si le quorum de ses membres était atteint ; qu'il ressort des pièces du dossier qu'à l'unique réunion du groupe de travail tenue le 11 oct. 1988, au cours de laquelle a été examiné et adopté le projet de plan d'occupation des sols révisé, étaient présentes moins de la moitié des personnes qui avaient été convoquées et qu'ont participé à la réunion des personnes qui n'étaient pas membres du groupe de travail ; que ces irrégularités qui sont susceptibles d'avoir exercé une influence sur la délibération l'entachent d'illégalité ».

Voir également, dans ce sens, pour les consultations qui n'avaient pas de caractère obligatoires : CE, 20 mars 1992, *Époux Prost*, req. n° 105321, *R.D.I.* 1992, p. 312, obs. Y. Gaudemet, H. Savoie et L. Touvet ; CE, 3 décembre 2010, *Société SMP Technologie et autres*, req. n° 332540, *A.J.D.A.* 2010, p. 2345. Décisions citées notamment P. Cassia, *L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure*, note sous CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, req. n° 335033, *R.F.D.A.* 2012, p. 296.

¹³⁷⁷ Dont l'article 70 dispose : « Lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision ».

¹³⁷⁸ Voir dans ce sens, P.-L. Frier, J. Petit, *Droit administratif*, *L.G.D.J.*, 2015-2016, précité, n° 918.

¹³⁷⁹ Précité.

¹³⁸⁰ X. Domino, A. Bretonneau, *Le vice, mode d'emploi*, *A.J.D.A.*, 2012 p.195.

Par un considérant de principe¹³⁸¹, la Haute juridiction administrative juge désormais qu'« ...un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie ; que l'application de ce principe n'est pas exclue en cas d'omission d'une procédure obligatoire, à condition qu'une telle omission n'ait pas pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte ; ».

Concernant sa portée jurisprudentielle, la décision *Danthony* renouvelle profondément la grille d'analyse¹³⁸², car la réflexion du juge sur le vice de procédure était restée jusqu'alors, aux dires d'un ancien Président de la section du contentieux du Conseil d'État, le « parent pauvre de l'évolution du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation »¹³⁸³.

Désormais, c'est par un contrôle concret plus assumé et plus subjectif¹³⁸⁴ que le juge de l'excès de pouvoir devra déterminer l'influence¹³⁸⁵ des vices de procédure sur la légalité d'une décision administrative.

Concrètement, le juge devra « examiner, dans chaque cas, la situation qui est portée devant lui et les conséquences réelles qu'a pu avoir l'irrégularité constatée. Il ne s'agit plus de se prononcer sur la violation d'une règle de procédure abstraitement, très "objectivement" substantielle, mais sur l'irrespect d'une règle de procédure concrètement, plus "subjectivement", susceptible d'avoir influencé la décision prise »¹³⁸⁶.

¹³⁸¹ « Qui faisait jusqu'à présent défaut », D. Connil, *Vice de procédure et annulation : l'office du juge administratif se précise*, note sous arrêt *Danthony*, J.C.P. G 2012, 558, précité.

¹³⁸² D. Connil, *Vice de procédure et annulation : l'office du juge administratif se précise*, note sous arrêt *Danthony*, J.C.P. G 2012, 558, précité.

¹³⁸³ D. Labetoulle, *Le vice de procédure, parent pauvre de l'évolution du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation in Terres du droit. Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz 2009, p. 479.

¹³⁸⁴ Voir dans ce sens : F. Melleray : « l'objectif est désormais de ne procéder à une annulation que lorsque le vice porte non pas sur la violation d'une règle de procédure abstraitement, très « **objectivement** » substantielle, mais sur l'irrespect d'une règle de procédure concrètement, plus « **subjectivement** », susceptible d'avoir influencé la décision prise. », *Précisions sur la neutralisation de certains vices de procédure*, note sous arrêt *Danthony* ; D.A n° 3, mars 2012, comm. 22.

¹³⁸⁵ Cette influence, le juge devra la faire ressortir dans les « pièces du dossier » et dans les « espèces » en question.

¹³⁸⁶ D. Connil, *Vice de procédure et annulation : l'office du juge administratif se précise*, note sous arrêt *Danthony*, J.C.P. G 2012, 558, précité. Voir également dans ce sens : F. Melleray, *Précisions sur la neutralisation de certains vices de procédure*, note sous arrêt *Danthony*, D.A n° 3, mars 2012, comm. 22, précité.

À plusieurs reprises, la décision *Danthony* a reçu application, soit pour écarter un moyen d'annulation tiré d'un vice de procédure n'affectant pas la légalité de la décision attaquée, soit au contraire pour sanctionner un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif. C'est ainsi, par exemple, que le juge de l'excès de pouvoir a pu neutraliser un vice de procédure tiré de l'insuffisance de la note de synthèse jointe à la convocation des conseillers municipaux à la réunion au cours de laquelle avait été approuvée la révision d'un plan local d'urbanisme (PLU), au motif que cette insuffisance « [n'avait] pas, dans les circonstances de l'espèce, exercé une influence sur le sens de la délibération et [n'avait] pas, par elle-même, privé les membres du conseil municipal d'une garantie »¹³⁸⁷. La Haute juridiction administrative a, de même, neutralisé le motif tiré de la transmission tardive (trois jours avant) aux membres d'un comité technique paritaire (CTP) d'un projet de décret relatif à l'enseignement et à la formation professionnelle aux métiers de l'agriculture, de la forêt, de la nature et des territoires, dès lors que les débats relatés au procès-verbal faisaient apparaître que toutes les questions soulevées par le projet avaient pu être abordées¹³⁸⁸; ou celui tiré de l'irrégularité de la désignation de certains membres d'un groupe de travail chargé d'élaborer un règlement local de publicité dès lors que les membres en cause n'étaient intervenus qu'à titre consultatif¹³⁸⁹; ou encore celui tiré du non-renouvellement de l'avis des services du Domaine sur la valeur d'une parcelle faisant l'objet d'une procédure d'expropriation recueilli trois ans avant l'ouverture d'une enquête publique¹³⁹⁰, ou enfin, celui tiré du caractère volumineux et complexe du dossier d'enquête

¹³⁸⁷ CE, 17 juillet 2013, *Sté SFR et a.*, req. n° 350380, *A.J.D.A.* 2013, p. 1548, *ibid.* p. 2326, note J.-B. Sibileau. Voir aussi à propos de la publicité de l'arrêté d'ouverture de l'enquête publique : CE, 3 juin 2013, *Commune de Noisy-le-Grand c/Société office français Inter Entreprise (OFIE)*, req. n° 345174, *R.D.I.* 2013, p. 423, ou encore à propos de la révision simplifiée d'un PLU approuvé sans qu'ait été consulté le Centre national de la propriété forestière, alors que la réduction des espaces forestiers opérée imposait une telle consultation, la Cour administrative d'appel de Lyon a jugé qu'au vu des pièces du dossier, il n'apparaissait pas que le défaut de celle-ci, dépourvu d'effets sur la compétence du conseil municipal, avait pu exercer ou priver quiconque d'une garantie (CAA Lyon, 24 avr. 2012, *Cne de Roybon*, req. n° 11LY02039 ; *A.J.D.A.* 2012, p.1470).

Toujours sur le fondement des mêmes considérations, pour ne pas tirer les conséquences des lacunes dont étaient entachées les conclusions d'un commissaire enquêteur (CAA Paris, 13 juin 2013, *Cne de Pommeuse*, req. n°12PA05113 ; *R.D.I.* 2013, p. 546, obs. P. Soler-Couteaux). Décisions citées par Y. Pittard, *Contentieux de l'urbanisme*, Dalloz professionnel Pratique du contentieux administratif, Dossier 540, juin 2015, n° 540.276.

¹³⁸⁸ CE, 27 avril 2012, *SNETAP-FSU*, req. n° 348637, *A.J.D.A.* 2012, p.916.

¹³⁸⁹ CAA Nancy, 7 novembre 2013, *Société CAP*, req., n° 12NC01453, *A.J.D.A.* 2014, p. 643, note Ph., Zavoli.

Voir, toujours dans même sens, à propos de l'avis favorable intervenu le lendemain de la décision, dès lors que le sens de cet avis était prévisible et qu'il a fait l'objet d'un vote unanime : CE, 17 février 2012, *Société Chiesi, Rec.* p. 43) ou encore lorsque la procédure suivie pour l'élaboration d'une décision présente les mêmes garanties que celle qui aurait dû être (CE, 19 juin 2013, *Fédération professionnelle des entreprises du sport et des loisirs, J.C.P A* 2013, Act., n°570). Jurisprudence citées notamment par J.-F. Lachaume, H. Pauliat, S. Braconnier, C. Deffigier, *Droit administratif, Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF 2014, 16^{ème} éd., précité, p. 696.

¹³⁹⁰ CE, 3 février 2016, req. n° 387140, *R.D.I.* 2016, p. 217, obs., R. Hostiou.

publique¹³⁹¹. Toujours sur le fondement de la jurisprudence *Danthony*, la Haute Juridiction a, au contraire, dans une espèce en date 22 juin 2012 (*CIMADE* et *GISTI*, Rec., p. 545), sanctionné un vice ayant affecté le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, parce que ce vice avait exercé une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il avait privé les intéressés d'une garantie. Le défaut de la consultation, obligatoire en l'espèce, de la section sociale du Comité national de l'organisation sanitaire et sociale a été jugée, eu égard à la nature de la décision en cause et aux attributions de la dite section, comme ayant exercé une influence sur le sens des dispositions du premier alinéa de l'article 9 de la convention type résultant de l'annexe du décret n° 2011-861 du 20 juillet 2011 ayant modifié le décret n° 2007-1300 du 31 août 2007 relatif aux conventions conclues entre les centres d'accueil pour demandeurs d'asile et l'État et aux relations avec les usagers, et, par suite, comme ayant été de nature à entacher d'irrégularité les dispositions attaquées¹³⁹². De même, l'omission de consulter le Conseil national de la formation professionnelle a été jugée, eu égard à l'objet de cette procédure administrative préalable et au contenu de l'acte en cause, et compte tenu de ce que l'article R. 6332-3 du code du travail confie au Conseil le soin d'émettre un avis préalable sur l'agrément des organismes collecteurs paritaires, comme ayant exercé une influence sur le contenu des dispositions de l'arrêté du 30 mai 2011 du ministre du travail, de l'emploi et de la santé portant composition du dossier de demande d'agrément des organismes collecteurs paritaires des fonds de la formation professionnelle continue prévu à l'article R. 6332-2 du code du travail, et, par suite, comme ayant été de nature à entacher d'illégalité l'acte concerné¹³⁹³. De même encore, s'agissant de la privation d'une garantie résultant d'une procédure irrégulière, le Conseil d'État a jugé que les vices ayant affecté la consultation de la commission consultative de l'environnement de l'aérodrome Paris-Charles de Gaulle avait privé les populations, les collectivités et les associations de riverains de la garantie censée être assurée par cette consultation préalable et justifiaient en conséquence l'annulation de l'arrêté portant modification du dispositif de la circulation aérienne en région parisienne¹³⁹⁴. Par ailleurs, la Haute juridiction administrative a

¹³⁹¹ CE, 22 juin 2016, *S^{te} SCCV Huit Douze Liberté*, req. n° 388276, *A.J.D.I* 2017, p. 26, chron., S. Gilbert.

Voir toujours dans ce sens à propos du refus du juge de sanctionner un vice de procédure, tel est notamment de l'avis ne présentant pas le caractère d'une garantie, CE, 8 janvier 2016, *Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres*, req. n° 373058, *A.J.D.I.* 2017, p. 26, chron., S. Gilbert.

¹³⁹² CE, 22 juin 2012, *CIMADE* et *GISTI*, Rec., p. 545.

¹³⁹³ CE, 13 novembre 2013, *CGT-FO et autres*, *A.J.D.A.* 2014, p. 595. Voir également dans ce sens : CE, 4 octobre 2012, *Rousseaux*, *A.J.D.A.* 2012, p. 1879, à propos d'un décret de nomination d'un professeur annulé par le Conseil d'État au motif qu'un seul nom a été proposé à l'autorité de nomination (vice de procédure) alors que les textes exigent la présentation de deux noms et que le nombre de candidats était suffisant.

¹³⁹⁴ CE, 10 juin 2013, *Commune de Conflans-Sainte-Honorine*, req. n° 355791, *A.J.D.A.* 2013, p. 1248, obs., R. Grand.

jugé que l'insuffisance de motivation de l'avis de la commission de classification était susceptible d'exercer une influence sur la décision du ministre chargé de la culture et de priver les différents intéressés d'une garantie au regard des limitations à la liberté d'expression que constitue toute mesure restreignant la diffusion d'une œuvre cinématographique ; que les associations requérantes étaient, par suite, fondées à demander l'annulation pour ce motif de la décision attaquée¹³⁹⁵. Dans le même sens, dans sa décision *Mme B.* en date 31 janvier 2014 (req. n° 369718¹³⁹⁶), la Haute assemblée a jugé qu'un fonctionnaire n'ayant pas pu prendre connaissance de son dossier avant l'adoption de la mesure prise en considération de sa personne, et ce malgré une lettre adressée en ce sens au ministre sous couvert du recteur, laquelle était restée sans réponse, avait été effectivement privé de la garantie prévue, au sens de la jurisprudence *Danthony*, par l'article 65 de la loi du 22 avril 1905. Par suite, le décret en date du 10 mai 2013 ayant mis fin à ses fonctions était intervenu selon une procédure irrégulière. Récemment, enfin, dans sa décision *Fédération nationale des associations d'usagers des transports* en date du 15 avril 2016 (req. n° 387475 ; R.D.F.A. 2016, p. 519, note p. Bon ; *A.J.D.I* 2017, p. 26, chron., S. Gilbert), le Conseil d'État a jugé que le caractère insuffisant du dossier d'enquête préalable à la déclaration d'utilité publique du projet de ligne ferroviaire à grande vitesse Poitiers-Limoges avait « *eu pour effet de nuire à l'information complète de la population et été de nature à exercer une influence sur la décision de l'autorité administrative ; que le décret attaqué [avait] ainsi été adopté dans des conditions irrégulières* »¹³⁹⁷.

¹³⁹⁵ CE, 29 juin 2012, *Assoc., Promouvoir et a.*, req. n° 335771. Voir également dans ce sens, à propos de la mauvaise information des personnes concernées par la garantie : CE, 20 novembre 2013, *Commune de Royère de Vassivière*, Rec., p. 402. Dans cette affaire, un maire avait informé M. D., propriétaire, du souhait de Mme C.-E..., qui était l'autre propriétaire riveraine, d'acquérir le chemin rural, ainsi que de l'avis favorable de principe émis par le conseil municipal sous réserve de l'enquête publique, le Conseil d'État a jugé que cette lettre ne pouvait être regardée comme valant mise en demeure au sens de l'article L. 161-10 du code, quand bien même ce courrier aurait conduit M. D...à manifester le 15 juin 2009 son intérêt pour l'acquisition du chemin. Pour toutes ces décisions voir, J.-F Lachaume, H. Pualiat, S. Braconnier, C. Deffigier, *Droit administratif, Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF 2014, 16^{ème} édition, précité, pp. 695 à 696.

¹³⁹⁶ Note, M.-Ch. de Montecler, *Dalloz* actualité 11 février 2014.

¹³⁹⁷ Voir toujours dans ce sens pour sanctionner un vice de procédure en application de la jurisprudence *Danthony*, à propos du refus de naturalisation : CAA Nantes, 3 octobre 2016, *M. X.*, req. n° 15NT03678 ; *A.J.D.A.* 2016 p.2418. La Cour a jugé que «...l'absence de convocation de M. D. à l'entretien prévu par les dispositions précitées de l'article 41 du décret du 30 décembre 1993 a constitué une irrégularité qui a privé ce dernier d'une garantie ; que ce vice est, dès lors, de nature à entacher d'illégalité la décision de refus opposée à la demande de l'intéressé ; ».

2. La neutralisation des effets d'une illégalité interne de la décision attaquée

Deux procédés permettent au juge de neutraliser les effets d'une illégalité interne d'une décision administrative.

Le premier est le pouvoir que s'autorise le juge de mettre à l'écart un motif illégal au profit d'un motif légal susceptible de justifier la décision attaquée. En d'autres termes, lorsqu'une décision administrative est intervenue sur le fondement de plusieurs motifs, dont certains sont légaux alors que d'autres sont illégaux le juge s'accorde le pouvoir d'opérer un tri entre ces différents motifs, pour ne choisir que celui ou ceux susceptibles de justifier la décision critiquée.

Le second est l'interprétation de la décision administrative dans le sens de la légalité, appelée également technique du « *retrait de venin* ».

a. La mise à l'écart d'un motif illégal au profit d'un motif légal susceptible de justifier la décision attaquée

À la différence de la technique de substitution, par laquelle le juge remplace un motif erroné retenu à tort par un autre motif, approprié, découvert en cours d'instance, la technique neutralisante permet au juge d'effectuer une sorte de tri dans la décision administrative intervenue sur le fondement de plusieurs motifs. Ce faisant, le juge va alors écarter les motifs erronés en droit ou en fait, retenus en surplus par l'administration et querellés par la requête, pour ne garder que ceux qui sont matériellement exacts et de nature à justifier légalement la décision critiquée¹³⁹⁸.

La possibilité pour le juge de neutraliser une illégalité dans une décision administrative intervenue sur le fondement de plusieurs motifs a été admise par le Conseil d'État dans sa décision d'Assemblée *Dame Perrot* en date du 12 janvier 1968 (Rec., p. 39 ; A.J.D.A. 1968 p. 179, concl. J. Kahn). Par cet arrêt, la Haute juridiction administrative, tout en ayant élargi à tout le contentieux de l'excès de pouvoir une jurisprudence jusqu'alors réservée à des contentieux particuliers (sanctions disciplinaires et quasi-disciplinaires)¹³⁹⁹, a

¹³⁹⁸ R. Odent, *Contentieux administratif*, T.2, réédition Dalloz 2007, précité, p. 512.

¹³⁹⁹ *Idem*, p. 512.

abandonné la distinction qu'elle faisait jadis dans les motifs d'une décision (sanction) administrative, entre ceux qui étaient déterminants et ceux qui étaient surabondants¹⁴⁰⁰.

À ce propos, les solutions antérieures intervenues sur le fondement de la distinction motifs déterminants/motifs surabondants traduisaient, compte tenu du fait que les divers motifs d'une décision administrative étaient présumés déterminants¹⁴⁰¹, un certain automatisme dans les jugements d'annulation. Le juge de l'excès de pouvoir n'hésitait pas, en effet, à sanctionner l'action administrative, dès lors que la décision était intervenue sur le fondement de plusieurs motifs, et que parmi ces motifs figurait un motif déterminant illégal.

Désormais, avec la solution consacrée par l'arrêt *Dame Perrot*, « *lorsqu'une décision a été prise pour plusieurs motifs parmi lesquels certains sont erronés en droit ou en fait tandis que d'autres sont matériellement exacts et de nature à justifier légalement cette décision, le juge saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre cette dernière recherche si l'autorité compétente aurait pris la même décision en ne se fondant que sur les motifs légitimes* »¹⁴⁰².

S'agissant ensuite des motifs susceptibles d'être pris en compte par le juge pour l'application de la jurisprudence *Dame Perrot*, ils sont limités à ceux que l'administration a eu en vue¹⁴⁰³, a avancés lorsqu'elle a pris sa décision¹⁴⁰⁴. Cela suppose, en principe, que l'administration ne peut pas faire valoir un motif nouveau au cours d'instance, pour justifier sa décision.

Cependant, et comme l'a justement rappelé le Professeur Chapus, avec la solution dégagée par la jurisprudence *Hallal* (précitée) tout n'est pas perdu¹⁴⁰⁵. L'administration pourra en effet toujours sauver sa décision, en se plaçant sur le terrain de la substitution de motifs¹⁴⁰⁶.

¹⁴⁰⁰ CE, 14 janvier 1948, *Canavaglia*, Rec., p. 18 ; CE, Ass., 29 avril 1949, *Carrau*, Rec. p. 186 ; CE, 12 mai 1950, *Thévenet*, Rec., p. 283 ; CE, Ass., 29 octobre 1954, *Rougier*, Rec., p. 564, *R.D.P* 1955, p. 187, note Waline. Voir dans ce sens, R. Odent, *Contentieux administratif*, T. 2, réédition Dalloz 2007, précité, pp. 512 à 513 ; R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 1127.

¹⁴⁰¹ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n° 1127, précité.

¹⁴⁰² R. Odent, *Contentieux administratif*, T. 2. précité, pp. 512 à 513.

¹⁴⁰³ Voir dans ce sens, R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 1127.

¹⁴⁰⁴ CE, Sect., 23 juillet 1976, *URSSAF du Jura*, Rec p. 362, précité ; CE, 24 novembre 1978, *Dame Lamarche-Jacomé*, Rec., p. 472 ; CE, Sect., 25 avril 1980, *Institut technique de Dunkerque*, Rec. p. 196 ; -, Sect., 9 avril 1993, *Commune des Contamines-Montjoie*, Rec. p. 126 ; CE, 20 mai 1996, *Mlle Ali*, D.A. 1996, n° 366, obs. R.S ; CE, 10 janvier 2003, *Joorawon*, Rec. p. 1 ; J.C.P. 2003, n° 10054, concl., C. Maugüe.

¹⁴⁰⁵ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 1127.

¹⁴⁰⁶ Voir dans ce sens, D. Bailleul, *Le procès administratif*, *L.G.D.J* 2014, p.121.

Dans cette dernière hypothèse, le juge devra déterminer si les conditions d'une telle substitution sont satisfaites.

Ce procédé « *de mise à l'écart d'un motif illégal au profit d'un motif légal* »¹⁴⁰⁷ dans une décision administrative a permis au juge de rejeter un recours formé, par exemple, contre des sanctions disciplinaires¹⁴⁰⁸, un rejet de candidature¹⁴⁰⁹, un refus de permis de construire¹⁴¹⁰, un refus d'agrément¹⁴¹¹, le décret de dissolution d'une association¹⁴¹² ou d'un conseil municipal¹⁴¹³, la décision de rejet d'une demande de changement de nom¹⁴¹⁴.

b. L'interprétation de la décision administrative dans le sens de la légalité

Connue sous l'appellation de « *retrait de venin* »¹⁴¹⁵, l'interprétation d'une décision administrative dans le sens de la légalité est un procédé qui permet au juge d'écarter une signification soutenue par le requérant, qui aboutirait à déclarer illégale la décision qu'il critique, au profit d'une autre signification, retenue par le juge, la rendant conforme à la légalité.

L'interprétation de la décision administrative dans le sens de la légalité se veut ainsi une sorte de voie « **intermédiaire** » entre le rejet de la requête et l'annulation de la décision attaquée, grâce à laquelle toutes les parties en présence (administration/requérant) trouvent en quelque sorte satisfaction dans la décision du juge : « *l'administration y gagne, puisque son action n'est pas censurée ; mais elle sait comment dorénavant se comporter pour éviter une*

¹⁴⁰⁷ J.-F. Lachaume, *Violation de la règle de droit*, in, *Répertoire de contentieux administratif*, juin 2013 (actualisation : janvier 2015).

¹⁴⁰⁸ CE, 21 février 1969, *Kopocki*, Rec., p. 112, A.J.D.A 1969, p. 156, chron. J.-L. Dewost et R. Denoix de Saint Marc ; CE 21 octobre 1977, *Fontaine*, A.J.D.A 1978, p. 111 ; CE, 27 novembre 1996, *Wissaadane*, D.A 1997, n°6, obs. R.S.

¹⁴⁰⁹ CE, 7 avril 1976, *Lombard*, D.A. 1976, n°142.

¹⁴¹⁰ CE, 2 février 1977, *SCI Faidhere Lepère*, A.J.D.A 1977, p. 613.

¹⁴¹¹ CE, 10 novembre 1972, *Association pour le service médical scientifique français*, Rec., p. 724.

¹⁴¹² CE, 2 février 1977, *Simeoni*, Rec., p. 58 ; CE, 13 février 1985, *Debizet*, Rec., p. 746, A.J.D.A 1985, p. 278, concl. B. Genevois, D. 1986, p. 270, note CS.

¹⁴¹³ CE, 3 novembre 1989, *Galliot*, Rec. p. 223, A.J.D.A. 1990, p. 425, obs. J. Moreau.

¹⁴¹⁴ CE, Ass., 19 mai 2004, *Consorts Bourdon*, Rec., p. 232, A.J.D.A 2004, p. 1351, chron. C. Landais et F. Lenica, R.D.P 2004, p. 1153, concl. I. de Silva.

Voir pour toutes ces décisions, R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 1126.

¹⁴¹⁵ R. Odent, *Contentieux administratif*, réédition Dalloz 2007, T. I, pp. 36 à 37 ; J.-M. Auby, R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, L.G.D.J, T, II, 3^{ème} édition 1984, p. 424 ; Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, L.G.D.J 1972, p. 143.

annulation. De leur côté, ni la légalité, ni les administrés n'y perdent, puisque la mesure ainsi interprétée ne pourra recevoir qu'une application légale »¹⁴¹⁶.

Ce faisant, le juge préserve ainsi « *la légalité par une sanction qui du point de vue formel n'est rien d'autre qu'une décision de rejet, mais sur le plan matériel impose une lecture de l'acte administratif qui soit conforme aux normes supérieures* »¹⁴¹⁷ que l'administration se doit d'adopter, car son action n'est pas entièrement exempte de tout reproche.

C'est à l'occasion d'un arrêt d'Assemblée *Syndicat autonome du personnel enseignant des Facultés de Droit* en date du 4 janvier 1957¹⁴¹⁸ que la technique de l'interprétation conforme à la légalité a été utilisée pour la première fois par le juge administratif. Dans cette affaire, le Conseil d'État a été saisi d'une demande en annulation de la circulaire du ministre de l'Éducation nationale en date du 22 février 1950 en tant qu'elle subordonnait à un régime d'autorisation préalable les initiatives de membres de l'enseignement public visant à la tenue en France de conférences internationales présentant un caractère purement privé. En effet, les termes généraux dans lesquels était rédigée la dite circulaire laissaient entendre qu'avait été institué un régime d'autorisation préalable aussi bien pour les manifestations officielles, tenues sous le patronage ou avec le soutien financier de l'État français, que pour les conférences à caractère scientifique et culturel – même organisées à titre privé – n'impliquant en aucune façon la participation financière de l'État. Ces dispositions paraissaient manifestement illégales, car cette circulaire mettait en cause la liberté de réunion des fonctionnaires et ne pouvait, comme l'a suggéré le commissaire du gouvernement Gazier dans cette affaire, qu'être annulée.

Après avoir déterminé avec soin la volonté réelle du ministre de l'Éducation nationale, – ce dernier soutenait en effet qu'il n'entendait pas instituer un tel régime à l'égard des conférences organisées à titre privé –, la Haute juridiction administrative, ayant refusé de suivre son commissaire du gouvernement, s'est livré à une interprétation neutralisante des

¹⁴¹⁶ R. Odent, *Contentieux administratif*, réédition Dalloz 2007, T. I, précité, pp. 36 à 37.

¹⁴¹⁷ A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J. 1999, p. 33.

¹⁴¹⁸ Rec. p. 9 ; A.J.D.A. 1957, II, p. 77, concl. Gazier ; R.D.P. 1957, p. 673, note Waline ; D. 1958. J. p. 179, note J. L. Quermonne.

dispositions contestées, en les limitant « *aux seules conférences internationales présentant un caractère officiel ou organisée avec le concours ou sous le patronage de l'État* »¹⁴¹⁹.

L'examen de la jurisprudence relative à la technique d'interprétation neutralisante permet de dégager au moins deux solutions consacrées par le Conseil d'État pour éviter à l'administration un jugement d'annulation. La première consiste **pour le juge à circonscrire la portée normative de la décision critiquée**, c'est-à-dire à délimiter sa portée, son champ d'application, en excluant, par exemple, de son domaine les matières ou les situations, qui pourraient éventuellement la rendre illégale. Cette solution a permis, par exemple, au Conseil d'État de juger que les dispositions attaquées de l'article 8 du décret du 18 février 1991, relatives à l'obligation d'assiduité de l'article 3-5 ajouté au décret du 30 août 1985, « *[n'avaient] pas eu pour objet et ne sauraient avoir légalement pour effet d'interdire aux élèves qui [auraient fait] la demande de bénéficier individuellement des autorisations d'absence nécessaires à l'exercice d'un culte ou à la célébration d'une fête religieuse* »¹⁴²⁰. Dans le même sens, on peut lire également que « *les dispositions attaquées de l'article R. 5115-1 du code de la santé publique ont pour seul objet d'autoriser le pharmacien ou le médecin des établissements mentionnés à l'article L. 595-5 à passer commande des produits nécessaires à la mission de ces établissements, sans porter atteinte au principe, posé par l'article L. 512 du code de la santé publique, du monopole des pharmaciens dans la dispensation au public des médicaments* »¹⁴²¹ ou encore que le décret attaqué du 18 février 1999, pris en application de la loi du 2 février 1995 qui a entendu limiter l'interdiction ou la réglementation des plantations et semis d'essences forestières aux seuls paysages remarquables, et qui a également entendu assurer la préservation des milieux naturels présentant un intérêt particulier, « *n'a eu ni pour objet ni pour effet d'étendre les mesures de préservation prévues par la loi à des milieux naturels qui ne présenteraient pas un tel intérêt* »¹⁴²². Enfin, on peut lire : les dispositions attaquées du décret en Conseil d'État fixant les conditions d'application de l'article 25 de la loi du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et, notamment la proportion des membres des

¹⁴¹⁹ CE, Ass., 4 janvier 1957, *Syndicat autonome du personnel enseignant des Facultés de Droit*, Rec. p. 9 ; A.J.D.A. 1957, II, p. 77, concl. Gazier ; R.D.P. 1957, p. 673, note Waline ; D. 1958, J. p. 179, note J.-L. Quermonne.

¹⁴²⁰ CE, Ass., 14 avril 1995, *Consistoire central des israélites de France et autres*, req. n° 125148 ; A.J.D.A. ; 1995, p.501, chron., J.-H. Stahl, D. Chauvaux ; R.F.D.A. 1995, p.585, concl., Y. Aguila ; D. 1995, J. p. 481, note Koubi ; J.C.P. G, II, 1995, n°22437, note Nguyen Van Tuong.

¹⁴²¹ CE, 28 avril 2000, *Syndicat national des pharmaciens praticiens hospitaliers et praticiens hospitaliers universitaires*, req. n° 200243.

¹⁴²² CE, 13 septembre 2000, *Fédération nationale des syndicats forestiers sylviculteurs*, req. n° 206840.

jurys appartenant à chacun des sexes doivent être « *interprétées comme ne fixant qu'un objectif de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes, qui ne saurait faire prévaloir, lors de la composition des jurys, la considération du sexe sur celle des compétences, des aptitudes et des qualifications* » ; que l'article 1^{er} du décret du 3 mai 2002 relatif aux modalités de désignation des membres des jurys de recrutement des fonctionnaires de l'État dispose que : « *Pour la désignation des membres des jurys et des comités de sélection constitués pour le recrutement des fonctionnaires de l'État régis par des statuts particuliers pris par décret en Conseil d'État (...) l'administration chargée de l'organisation du concours doit respecter une proportion minimale d'un tiers de personnes de chaque sexe justifiant des compétences nécessaires* » ; que ***ce décret se borne à imposer à l'administration de prendre en compte l'objectif de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes énoncé par la loi du 9 mai 2001*** »¹⁴²³.

La seconde consiste, cette fois-ci, pour le juge à ôter à la décision critiquée toute charge normative. C'est-à-dire, à lui dénier tout caractère décisionnel, susceptible d'affecter sa légalité. Tel est, à titre d'exemple, l'hypothèse des dispositions d'une circulaire du Garde des sceaux, en date du 22 janvier 1986 relative à l'application de la loi du 30 décembre 1985 portant diverses dispositions de procédure pénale et de droit pénal, interprétée par le Conseil d'État comme dépourvue de tout caractère décisionnel, lesquelles constituent en effet qu'une simple interprétation, à l'intention des magistrats du siège et du parquet, des prescriptions édictées par le législateur¹⁴²⁴. De même étaient dépourvus de toute charge normative les paragraphes 13 et 14 de l'instruction n° 4-A5-89 du 25 avril 1989 relative à l'abattement ou l'exonération des bénéfices réalisés par les entreprises nouvelles, régime prévu par l'article 44 sexiès du code général des impôts qui se bornaient à commenter la loi, sans rien y ajouter¹⁴²⁵. La décision administrative, une fois privée de sa charge normative, « *vidée de son venin* », par une interprétation neutralisante, devient insusceptible de recours pour excès de pouvoir. Et pour rejeter la requête, le juge considère, dans certaines hypothèses, les moyens invoqués comme « *manquant en fait* », c'est-à-dire que le requérant, lorsqu'il les invoque, a commis soit une erreur quant aux faits de l'espèce soit une erreur dans l'interprétation de la décision qu'il conteste¹⁴²⁶.

¹⁴²³ CE, Sect., 22 juin 2007, *Lesourd*, req. n°288206.

¹⁴²⁴ CE, 15 mai 1987, *Ordre des avocats de Paris*, Rec. p. 175, req. n° 76867 ; R.F.D.A. 1988, p. 145, concl. Marinbert.

¹⁴²⁵ CE, 8 juillet 1998, *S.A.R.L Seuge Quero Informatique*, req. n° 186279.

¹⁴²⁶ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} édition, précité, n° 916.

§2. La portée de cette « collaboration »

En intervenant en faveur de l'administration dans la solution du litige, le juge tempère l'idée selon laquelle toute illégalité est génératrice d'annulations systématiques. Ce faisant, il contribue à conforter davantage l'activité administrative et à préserver l'effet utile de celle-ci ; satisfaction est, ainsi, donnée à la préoccupation de ne pas prononcer d'annulations excessives voire inutiles, de pure forme.

A. Sur le plan administratif : une action administrative davantage confortée

Les techniques juridictionnelles étudiées, qu'elles soient rectificatives (substitution de motifs/bases légales) ou neutralisantes (vices de légalité interne ou externe, interprétation neutralisante), peuvent, au premier abord, susciter quelques interrogations, notamment au sujet de l'étendue des pouvoirs du juge administratif. Elles auraient même été qualifiées autrefois de régression¹⁴²⁷ !

Les thèses récentes, traitant par exemple du procédé de la substitution de motifs, voient, quant à elles, dans cette technique la manifestation d'un pouvoir exceptionnel du juge de l'excès de pouvoir, impliquant une nouvelle limitation de la sphère discrétionnaire de l'administration active¹⁴²⁸, au point même que certains auteurs n'hésitent pas à parler d'une véritable « *incursion du juge dans la structure de l'acte administratif, et donc dans le domaine de l'action administrative (...)* »¹⁴²⁹, démarche qui est le « *reflet de la réduction progressive du pouvoir discrétionnaire* »¹⁴³⁰ de l'administration.

Un juge, disent encore d'autres, qui « *modifie incontestablement la teneur de l'acte contesté [en se livrant] ainsi à une forme de réformation de la décision litigieuse, par un remplacement du motif invalide par un motif légal (...)* »¹⁴³¹.

Ainsi, par ce procédé, le juge dépasse ses pouvoirs habituels, pour jouer cette fois-ci le rôle d'autorité hiérarchique de l'administration¹⁴³², en statuant à son égard « *comme il le*

¹⁴²⁷ La juridiction administrative n'a-t-elle pas avant tout pour mission de protéger le requérant et non les intérêts de l'administration ?

¹⁴²⁸ Voir dans ce sens, J.-M. Auby, R. Drago, « *Il ne faut pas se dissimuler que cette jurisprudence confère au juge d'importants pouvoirs d'appréciation et qu'elle implique une nouvelle limitation du pouvoir discrétionnaire, comparable à celle qui résulte de l'admission de l'erreur manifeste* », *Traité des recours en matière administrative, Litec*, 1992, précité, p. 488.

¹⁴²⁹ H. Lepetit-Collin, *Recherche sur le plein contentieux objectif*, *L.G.D.J.*, 2011, p. 435.

¹⁴³⁰ A. Claeys, Thèse précitée, p. 915.

¹⁴³¹ F. Blanco, *Pouvoir du juge et contentieux administratif de la légalité*, *P.U.F.*, 2010, précité, p. 312.

¹⁴³² Voir par exemple dans ce sens, A. Claeys : « *La technique juridictionnelle de la substitution de motifs transforme l'office du juge de l'excès de pouvoir en lui faisant endosser les habits de l'administrateur. (...) Lorsqu'il décide d'en faire usage, le juge, d'une part, recherche si le motif est de nature à justifier la décision et, d'autre part, apprécie s'il résulte de l'instruction que l'administration aurait nécessairement pris la même décision sur le fondement du motif substitué. À cet égard, les nouveaux pouvoirs du juge ne sont pas sans comporter quelques risques. La solution de l'arrêt Hallal a notamment pour effet de doubler l'empiètement sur le pouvoir d'appréciation de l'administration « d'une fiction puisque le juge [doit] reconstruire l'effet probable d'un motif hypothétique. De là une multiplication des supputations, et des risques d'abus* », A. Claeys, *La technique juridictionnelle de la substitution de motifs et l'office du juge de l'excès de pouvoir*, *Mélanges Jean-François Lachaume. Le droit administratif : permanences et convergences*, Dalloz 2007, p. 299, s. p. 314, précité.

faisait à l'égard des juridictions relevant de lui par voie d'appel ou de cassation »¹⁴³³. Ce faisant, non seulement, il « remet naturellement en cause le principe de "la responsabilité" de l'Administration sur les motifs de ses actes », mais, nous dit-on, il « remet également en cause le principe de séparation de l'administration active et de la juridiction administrative »¹⁴³⁴.

Ces objections comportent une part de vérité, car de tels procédés peuvent effectivement augmenter le risque d'une confusion, déjà grandissante, entre la question de l'étendue des pouvoirs du juge administratif et celle du respect de la sphère discrétionnaire de l'administration active¹⁴³⁵ ; en un mot, entre la fonction de juger et celle d'administrer.

Pour inhabituelles qu'elles soient, de telles techniques ne sont toutefois pas moins des actes juridictionnels par lesquels le juge se limite, dans son contrôle, à se prononcer sur la légalité des décisions administratives qui lui sont soumises.

Malgré leur caractère spécial, en ce que, dans ces hypothèses, la constatation d'une illégalité n'a pas pour conséquence nécessaire l'annulation de l'acte attaqué, ces techniques ne constituent nullement une ingérence du juge dans la sphère discrétionnaire de l'administration active.

Deux raisons simples justifient nos affirmations: la structure même, c'est-à-dire les motifs, de l'acte administratif et la finalité même de cette initiative du juge.

Selon nous, l'étendue des pouvoirs de contrôle du juge dépendra de la réponse donnée à la question suivante : quelle est la valeur des motifs dans un acte administratif ? En effet, on ne peut pas mesurer l'étendue des pouvoirs de contrôle du juge sur les motifs si on n'apporte pas, au préalable, un jugement sur la valeur de ces derniers dans l'acte administratif lui-même.

La doctrine voit dans les motifs un élément qui conditionne la validité d'un acte administratif.

Marcel Waline écrit, par exemple : « *Le motif peut être défini comme l'antécédent légal de l'acte, la situation dont l'existence préalable est nécessaire, pour que l'acte soit légal. Le contrôle du Conseil d'État porte sur les motifs de l'acte. Ces motifs sont une*

¹⁴³³ J.-M. Auby, R. Drago, *Traité des recours en matière administrative, Litec*, 1992, précité, p. 489.

¹⁴³⁴ B. Pacteau, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, 1977, Thèse précitée, p. 90.

¹⁴³⁵ Ainsi, à titre d'exemple, dans l'hypothèse d'une substitution de motif et même d'interprétation neutralisante, on a l'impression que certains arrêts du Conseil d'État se rapprochent davantage, du moins en la forme, d'une réformation (pourvoir d'un chef hiérarchique ou de celui du juge de plein contentieux) que d'un contrôle de légalité à proprement parlé. Les motifs que le juge choisit de substituer ou encore le sens qui donne, en cas d'interprétation neutralisante, à la décision critiquée, au sortir du contentieux, donne parfois l'allure d'une décision administrative toute nouvelle.

situation de fait qui produit des effets juridiques, puisqu'elle conditionne la validité de l'acte »¹⁴³⁶. Cette opinion, l'auteur la développe notamment dans son Précis de droit administratif : « Une décision administrative doit toujours reposer sur un motif, c'est-à-dire se justifier par une certaine situation de fait existant au moment où est prise la décision » ; en poursuivant, l'auteur invoque les motifs comme des « conditions nécessaires » de certaines décisions administratives¹⁴³⁷. Dans un article paru dans la Revue du droit public de 1954, et d'une façon un peu ironique, Marcel Waline n'hésite pas à écrire : « Ce ne sont que les fous qui se décident sans motif, ou tout au moins les personnes libres d'agir à leur fantaisie, ou selon leurs caprices. Or, l'administration n'a le droit d'être ni fantaisiste, ni capricieuse »¹⁴³⁸. Si on suit le raisonnement de l'auteur, une erreur dans le motif d'un acte administratif engendre automatiquement son annulation par le juge. Dans cette hypothèse, l'acte administratif est la conséquence directe des motifs ayant guidé son auteur (l'administration). De ce fait, on peut imaginer une sorte de lien logique entre l'acte et son motif. On perçoit aisément ce lien en cas de compétence liée de l'autorité administrative, dont la conduite à tenir est déjà prédéfinie par une disposition légale, en ce sens que l'administration ne peut agir autrement que dans le sens préalablement prévu par la loi. En d'autres termes, l'existence d'un motif donné engendre mécaniquement la décision prévue par la loi. Un agent public manquant à son devoir de réserve encourt automatiquement une sanction. Le motif est alors la faute de l'agent (manquement au devoir de réserve), et la sanction encourue (la décision de l'autorité administrative) est la conséquence directe de ce motif. Une telle faute ne peut engendrer que la décision de sanctionner, sauf, bien évidemment, si l'administration refuse de sanctionner et accepte de passer sous silence un tel comportement. La compétence de l'administration est ici liée uniquement si elle veut sanctionner l'agent.

Le lien logique entre l'acte et son motif ne peut donc pas être rompu par le juge par, notamment, la substitution d'un nouveau motif à celui initialement retenu par l'administration pour agir. Et s'il procédait à un tel remplacement, il créerait automatiquement un acte nouveau, puisque l'acte initial reposait sur un motif illégal.

Il convient toutefois d'apporter quelques nuances à cette analyse, qui n'est que partiellement exacte. Tout d'abord, les motifs, quelle que soit leur valeur, demeurent avant

¹⁴³⁶ M. Waline, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Le Caire, Impr. Université Fouad I^{er}, 1949, p.154.

¹⁴³⁷ *Précis de droit administratif*, Paris, éd. Montchrestien, 1969 n° 642.

¹⁴³⁸ M. Waline, Chron., sous CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel*, R.D.P., 1954, p.509, précité.

tout des éléments antérieurs¹⁴³⁹, mais aussi et surtout externes¹⁴⁴⁰ à l'acte administratif, et sauf dans l'hypothèse d'une compétence liée, ils orientent certes l'action de l'administration, mais ne la déterminent pas par avance, car, l'autorité administrative peut bel et bien refuser d'agir, si motif il y a¹⁴⁴¹, de même qu'elle peut manifester des réactions différentes face à un même motif¹⁴⁴². En procédant à une substitution de motifs, le juge administratif agit donc sur des éléments extérieurs à l'acte et non sur l'acte lui-même. Et bien que l'objet et le but de ce procédé consistent à modifier un des éléments de l'acte attaqué en le rattachant à un motif adéquat, ce qui confère au juge un rôle en apparence plus actif dans le processus décisionnel administratif, il n'en demeure pas moins que le dispositif de l'acte attaqué, légal en lui-même, qui pouvait être justifié par d'autres motifs, substitués par le juge à ceux initialement retenus, reste inchangé. On ne peut donc pas invoquer « *une ingérence* » du juge dans le processus décisionnel administratif et encore moins « *une réduction progressive du pouvoir discrétionnaire* »¹⁴⁴³ de l'administration active, car il s'agit plutôt d'une initiative bienveillante par laquelle le juge se veut un véritable « *collaborateur de l'Administration [qui], cessant de lui reprocher ses erreurs (...) s'applique au contraire à les rectifier* », pour reprendre la formule du Professeur Pacteau¹⁴⁴⁴. La substitution de motifs à laquelle on peut ensuite rattacher la technique de l'interprétation neutralisante suscite par ailleurs la double interrogation suivante : est-elle une faculté permettant au juge d'affirmer sa volonté personnelle et propre, ou bien s'agit-il d'une faculté ne lui permettant rien de plus, ni d'autre, que de faire respecter et prévaloir un acte déjà posé antérieurement par l'autorité administrative ?

¹⁴³⁹ Voir dans ce sens, R. Bonnard, « *Ces éléments de l'acte juridique qui constituent en quelque sorte ses antécédents, peuvent être désignés sous le nom de motifs de l'acte. L'acte est motivé par les antécédents qui le conditionnent. Ainsi le motif de la décision disciplinaire est la faute disciplinaire* », *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, R.D.P 1923, p. 363.

¹⁴⁴⁰ Voir dans ce sens, L. Duguit : « *Le motif impulsif est toujours un fait externe, qui, évidemment, suggérera aux uns certaines idées et pas aux autres dont la mentalité est différente. Mais il reste toujours un fait extérieur ; il est toujours aussi un fait antérieur à l'acte de volonté ; c'est lui qui suggère au sujet l'idée qu'il a la possibilité de vouloir et de réaliser une certaine chose. Puisque le motif impulsif n'est pas un élément du mécanisme volontaire, il ne peut avoir aucun effet sur la valeur de l'acte* ». *Traité de droit constitutionnel*, T. I, 3^{ème} édition, 1927, p.317.

¹⁴⁴¹ À titre d'exemple l'administration face à une faute disciplinaire peut refuser de sanctionner l'agent, passer sous silence son erreur.

¹⁴⁴² À titre d'exemple, une manifestation dans une grande ville (Telle que la ville Paris) peut provoquer chez l'autorité administrative soit une mesure de police l'interdisant, soit encore une autre mesure, moins radicale cette fois-ci, la limitant, voire ne pas provoquer aucune réaction de l'autorité administrative.

¹⁴⁴³ A. Claeys, *La technique juridictionnelle de la substitution de motifs et l'office du juge de l'excès de pouvoir*, *Mélanges Jean-François Lachaume, Le droit administratif : permanences et convergences*, Dalloz 2007, précité, p. 304.

¹⁴⁴⁴ B. Pacteau, Thèse précitée, p. 90.

Il convient de répondre sans hésitation qu'en opérant une substitution de motifs ou une interprétation neutralisante, le juge ne fait que mettre davantage en lumière la volonté de l'administration, dont il s'attachera par conséquent à respecter et à faire prévaloir le choix dans le processus décisionnel.

Comme nous l'avons rappelé précédemment, dans l'hypothèse d'une substitution de motifs ou de base légale, la décision administrative n'est pas illégale, et il n'y a pas à proprement parler excès de pouvoir. L'administration est bien restée dans son domaine de compétence, a suivi les formes régulières pour agir et agi dans un but régulier (donc sans détournement de pouvoir), mais simplement n'a pas choisi le bon motif, le fondement juridique adéquat lui permettant d'agir. En redressant ces erreurs vénielles, en privilégiant le dispositif par rapport aux motifs ou encore le fond par rapport à la forme (s'agissant des vices de procédure ou de forme), le juge consolide l'action administrative et contribue ainsi à préserver ses effets utiles. À défaut d'une telle ligne de conduite du juge administratif, l'administration serait contrainte de statuer à nouveau, même en adoptant le même dispositif dans sa nouvelle décision.

B. Sur le plan contentieux : un jugement de légalité préservé des annulations de pure forme

Au premier abord, sur le plan contentieux, le refus du juge de sanctionner une illégalité, soit de fond (motif/base légale, interprétation neutralisante), soit de forme, dans une décision administrative, peut également être interprété comme l'amorce d'un déclin du contentieux de l'excès de pouvoir. Et cela en raison de l'atteinte grave que porterait, en théorie, au contrôle juridictionnel ce refus de sanctionner des moyens tirés d'une illégalité dans les motifs d'un acte administratif¹⁴⁴⁵ ou de l'irrégularité des procédures/formes de son élaboration¹⁴⁴⁶. « *Brèche dangereuse* », selon certains, qui « *entraînerait une régression injustifiable des droits des administrés* »¹⁴⁴⁷.

En effet, « *en privilégiant le dispositif, du moment qu'il paraît justifié, ne remet-on pas en cause les fondements même du contrôle juridictionnel, qui a su jusqu'ici censurer avec vigilance les erreurs, de droit ou de fait, entachant les motifs de l'acte ? À ne pas censurer automatiquement les illégalités commises, ne s'achemine-t-on pas vers la mort de l'erreur de droit ? Peut-on admettre aussi que les appréciations des faits par l'administration, qu'en*

¹⁴⁴⁵ « *Le contrôle du motif invoqué est la seule garantie de légalité qui puisse exister. Le juge de l'excès de pouvoir ne pourra pas substituer un autre motif, quel qu'il soit, car ce serait substituer son pouvoir d'appréciation au pouvoir de l'Administration* », Josse, conclusions, affaire Augier, précité.

¹⁴⁴⁶ Tel a été le cas dans la solution consacrée par la jurisprudence *Danthony*, dont certains n'ont pas hésité à prédire carrément « *la disparition des vices de forme* », M. Rota, *Vers la disparition des vices de forme ? R.D.P.*, n°3, 2015, p.641.

Voir également dans ce sens J.-M. Woehrling, « *Il y aurait quelque chose d'inconséquent dans le fait d'exiger pour l'édition d'un acte administratif un certain nombre de conditions puis de considérer que cet acte est valide malgré le non-respect de certaines de ces conditions. Si cette méconnaissance n'est pas sanctionnée (...) Tout aménagement de la sanction risque donc de conduire l'administration à se faire juge de l'opportunité de respecter la règle dans chaque cas particulier. Ainsi, si l'on acceptait de ne pas sanctionner l'irrégularité d'une étude d'impact, dans certains cas, cela pourrait être une incitation indirecte pour les services concernés à ne pas mettre en œuvre de manière stricte une telle étude puisque son absence n'aura pas de conséquence (...)* » *Un aspect méconnu de la gestion administrative : la régularisation des procédures et décisions illégales, Revue française d'administration publique (R.F.A.P)* 2004/3, n°111, p. 533-545.

¹⁴⁴⁷ Voir dans ce sens, Ph. Dondoux conclusions sous CE, Sect., 23 juillet 1976, *URSSAF du Jura*, Rec. p.362, *Rev. adm.* 1976, s. p.612, précité.

Voir également dans ce sens, Fournier, Braibant, « *la substitution de base légale défavorise le requérant : celui conteste la légalité d'un acte au regard des textes en vertu desquels il a été pris ; il n'a pas discuté cette légalité au regard des textes substitués aux précédents. Sans doute ce contrôle est-il opéré par le juge. Mais, malgré le caractère inquisitoire de la procédure administrative, on peut difficilement admettre que le contrôle opéré directement par le juge soit aussi efficace que celui qu'il exerce sur l'initiative des requérants* », *A.J.D.A* 1957, chron., p. 182 ; D. Chabanol, « ... la position du juge est pernicieuse en ce que, en validant au nom de la compétence liée des actes entachés de vice de forme, d'incompétence ou d'erreur de motifs, il prive l'administré de la possibilité qu'il avait de voir son dossier examiné correctement, et d'obtenir de l'autorité compétente, après instruction correcte, la faveur non prévue par des textes. La logique pure du juge administratif (à quoi don d'annuler un acte qui ne peut de toute façon être autre) est théoriquement parfaite ; mais elle est en opposition avec la réalité : l'acte pourrait en fait être autre », in *Contrôle de légalité et liberté de l'administration*, *A.J.D.A* 1964, p. 16.

principe, hors la réserve de l'erreur manifeste [le juge administratif se garde] de contrôler de l'intérieur, ne soient plus, à tout le moins, contrôlées de l'extérieur, c'est-à-dire sous l'angle des conditions objectives dans lesquelles elle est intervenue ? Par ailleurs, le laxisme apparent de la solution proposée ne risque-t-il pas d'avoir d'évidents effets de contagion ? L'erreur de droit ou de fait étant déclarée en certains cas sans influence, ne risque-t-il pas d'en être de même, par exemple, pour un vice de forme ? De façon complémentaire, enfin, l'administré n'a-t-il pas un véritable droit aux motifs, parce que ceux-ci sont destinés à le renseigner et conditionnent largement la légalité de l'acte ? Dès lors, est-il admissible qu'une décision reposant explicitement sur un seul motif erroné ne soit pas automatiquement annulée ? »¹⁴⁴⁸.

À ces interrogations, le commissaire du gouvernement Dondoux avait déjà apporté quelques réponses rassurantes, et nous soutenons avec lui, par exemple, que les risques de contagion paraissent inexistantes : les effets directs de l'inflexion jurisprudentielle seront faibles, dès lors que des verrous existent.

On songe, bien évidemment, aux conditions exigées par le Conseil d'État pour pouvoir procéder notamment à une substitution de motifs en cas de pouvoir discrétionnaire ou pour procéder à une interprétation neutralisante des vices de procédure/forme. Ainsi, s'agissant d'une substitution de motifs, le Conseil d'État a rappelé dans sa décision de principe *Madame Hallal*, qu'« il appartient (...) au juge, après avoir mis à même l'auteur du recours de présenter ses observations sur la substitution ainsi sollicitée, de rechercher si un tel motif est de nature à fonder légalement la décision, puis d'apprécier s'il résulte de l'instruction que l'administration aurait pris la même décision si elle s'était fondée initialement sur ce motif ; **que, dans l'affirmative, il peut procéder à la substitution demandée, sous réserve toutefois qu'elle ne prive pas le requérant d'une garantie procédurale liée au motif substitué** ». De même, s'agissant des garanties des justiciables, et même si « la position du juge » peut paraître dans les procédés rectificatifs ou neutralisants quelque peu « *pernicieuse en ce que, en validant au nom de la compétence liée* [et dans l'hypothèse du pouvoir discrétionnaire contenu des dernières évolutions jurisprudentielles, notamment les arrêts *Hallal* et *Danthony*] *des actes entachés de vice de forme, d'incompétence ou d'erreur de motifs, il prive l'administré de la possibilité qu'il avait de voir son dossier examiné correctement, et*

¹⁴⁴⁸ M. Dondoux, conclusions, précités, précité, p. 612.

*d'obtenir de l'autorité compétente, après instruction correcte, la faveur non prévue par des textes. La logique pure du juge administratif (à quoi bon d'annuler un acte qui ne peut de toute façon être autre) ... théoriquement parfaite ; mais elle est en opposition avec la réalité : l'acte pourrait en fait être autre »*¹⁴⁴⁹, on ne saurait néanmoins soutenir l'idée d'une régression portant atteinte à une quelconque garantie individuelle. De toute façon, en effet, le dispositif de la décision attaquée était légal en lui-même, d'autres motifs non retenus pouvaient, en l'occurrence, la justifier ou encore les vices de procédure dont il était entaché étaient véniels et n'ont exercé aucune influence sur le sens de la décision prise ou n'ont privé les intéressés d'aucune garantie, selon la décision *Danthony*.

Prononcer une annulation dans ces hypothèses serait différer inutilement la date de réédiction de la même décision administrative. « *Un administré n'a-t-il pas intérêt à ce que sa situation soit réglée le plus vite possible ?* », rappelle à ce propos le commissaire de gouvernement Dondoux¹⁴⁵⁰.

On se rend compte après cette analyse, que le but des procédés précédemment étudiés consiste uniquement à mettre à la disposition du juge des moyens plus efficaces et plus adaptés à l'évolution du contentieux administratif, et cela afin d'éviter à l'administration des annulations inutiles ou de pure forme. « *C'est ainsi que l'administration va pouvoir refaire, sous les yeux du juge, la décision contestée. C'est dire combien l'état du droit s'éloigne de cette solution, qui contribue (avec tant d'autres aujourd'hui) à libérer le recours pour excès de pouvoir du carcan (sinon formaliste) qui lui était destiné »*¹⁴⁵¹.

Tout cela dépasse à nos yeux la question contentieuse du contrôle du fait et le pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative, car on doit y voir la base d'une théorie nouvelle prônant un jugement *utile* de l'excès de pouvoir.

Le juge administratif a donc fait un grand pas pour faire du recours pour excès de pouvoir un instrument plus efficace, en somme d'utilité publique. Il n'a, par conséquent, pas été question pour le Conseil d'État d'empiéter sur le domaine discrétionnaire de l'autorité administrative !

¹⁴⁴⁹ D. Chabanol, *Contrôle de légalité et liberté de l'administration*, A.J.D.A 1964, p. 16.

¹⁴⁵⁰ M. Dondoux, conclusions, précitées, *op. cit.* p. 613.

¹⁴⁵¹ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} édition, précité, n° 1125-2.

Conclusion chapitre 1^{er} :

Le rôle actif du juge de l'excès de pouvoir dans la phase introductive d'instance, relevé dans le titre premier de cette seconde partie se poursuit également, ainsi qu'il a été ci-dessus examiné, dans la phase du jugement au fond de la requête en annulation. À cet titre, le juge administratif peut désormais intervenir en urgence et mettre fin à une illégalité commise par l'autorité administrative, il s'autorise également, et c'est là, nous l'avons vu, un autre aspect original de son office, de venir au secours de l'administration pour redresser ses erreurs. Ce faisant, le juge assure d'une part la mission de sauvegarde des libertés individuelles en répondant efficacement aux demandes dont il est saisi, c'est-à-dire en intervenant avant que la décision attaquée n'ait produit d'effets, il participe également à améliorer l'action administrative, en redonnant par exemple, de sa propre initiative, une base légale à la décision attaquée.

Chapitre 2 :

L'efficacité du contrôle analysée sous l'angle des effets à produire par les solutions apportées aux litiges

Lorsqu'il est amené à résoudre un litige administratif, le juge de l'excès de pouvoir « ne saurait se désintéresser de la portée de la solution qu'il impose »¹⁴⁵². À cet égard, et « afin de conférer un effet utile à ses jugements »¹⁴⁵³, il n'hésite pas à jouer un rôle positif dans la solution du litige, de telle sorte que les décisions qu'il impose soient aisément et effectivement exécutées par l'autorité administrative. D'une part, il accepte de tempérer la logique fiction de la rétroactivité en optant pour des solutions à valeur de compromis. D'autre part, lorsqu'il décide d'imposer la solution retenue, il élabore un véritable guide en vue de l'exécution de celle-ci. Dans ces hypothèses, apparaît nettement, dans l'attitude du juge de l'excès de pouvoir, le souci de contribuer à la sécurité juridique et au règlement effectif des litiges qui lui sont soumis. Ainsi, après avoir montré comment le juge, par souci de réalisme, peut recourir à des solutions de « compromis » dans la sanction de l'excès de pouvoir (Section1), nous insisterons ensuite la pratique du guide à l'exécution des décisions administratives (Section2).

¹⁴⁵² Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, précité, p. 97.

¹⁴⁵³ J.-M. Sauvé, *Le droit de la régulation économique, Colloque organisé par l'Association des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne (ACA-Europe)*, le lundi 16 juin 2014.

Section 1.

Le dispositif à valeur de « compromis » ou le souci d'un réalisme opportun dans la sanction de l'excès de pouvoir

Afin de limiter les retombées indésirables de son jugement, le juge de l'excès de pouvoir peut décider de limiter aussi bien "dans l'espace" que "dans le temps" l'étendue de la décision d'annulation. Délaisant un instant ses pouvoirs de censeur pour ceux de conciliateur, il dégage des solutions qui s'apparentent davantage à un compromis qu'à une véritable censure de l'excès de pouvoir.

§1. La recherche d'un compromis quant à l'étendue "dans l'espace" du jugement d'annulation : la pratique de l'annulation partielle

Lorsqu'il est saisi de conclusions tendant à l'annulation totale d'une décision administrative, le juge de l'excès de pouvoir peut limiter sa censure, en annulant uniquement ce qui est strictement nécessaire au respect de la légalité dans l'action administrative : il purge¹⁴⁵⁴ ainsi l'acte critiqué de son illégalité, tout en maintenant en l'état le reste de son dispositif normatif¹⁴⁵⁵, c'est-à-dire ce qui en soi n'est pas illégal dans l'action administrative. Cette démarche peut s'analyser en une « *correction positive* »¹⁴⁵⁶ de la décision administrative.

¹⁴⁵⁴ M.-P. Corbel, *L'annulation partielle des actes administratifs*, A.J.D.A, 1972, p.139.

¹⁴⁵⁵ F. Blanco, thèse précitée, p. 273.

¹⁴⁵⁶ J.-J. Israël, *La régularisation en droit administratif français. Etude sur le régime de l'acte administratif unilatéral*, L.G.D.J, 1981, précité, p. 15. Voir également dans ce sens, J.-M. Peyrical, *Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'annulation : étude sur la neutralisation et la substitution des motifs*, A.J.D.A, 1996, p.22.

A. La possibilité pour le juge d'organiser dans l'espace l'étendue de sa censure afin de préserver ce qui doit l'être dans l'action administrative

La possibilité pour le juge de limiter sa censure à certaines parties illégales de l'acte attaqué est une exception au principe selon lequel « *le juge annule tout ou rien* » dans une décision administrative.

En effet, envisager une solution autre que l'annulation totale de l'acte critiqué reviendrait forcément pour le juge à « *faire un acte administratif nouveau et empiéter sur les attributions de l'administration active* »¹⁴⁵⁷ : amputer un acte administratif seulement « *de certaines de ses dispositions peut en détruire l'équilibre, en modifier les effets* »¹⁴⁵⁸. Ce qui, au final, trahirait la volonté de son auteur, et donnerait lieu à un acte administratif *nouveau*, fait cette fois-ci par le juge.

Toutefois, lorsque les irrégularités dont est entachée une décision administrative sont partielles, en ce sens que seules certaines de ses dispositions sont illégales, le juge de l'excès de pouvoir refuse d'« *annuler indistinctement les dispositions illégales et celles qui ne le sont pas, et de faire subir à l'acte tout entier les conséquences d'une irrégularité partielle* »¹⁴⁵⁹.

La possibilité d'annuler partiellement une décision administrative se veut ici « *une voie médiane entre la censure de l'administration et la non-paralysie de son activité. Annuler un acte uniquement pour ce qui concerne ses éléments jugés illégaux, en l'absence d'indivisibilité, revient ainsi à trouver un tel équilibre entre sanction et sauvegarde de l'acte pris par l'administration* »¹⁴⁶⁰.

Ainsi, il s'agit pour le juge de trouver, par ce procédé, une solution de « compromis » lui permettant, tout en sanctionnant l'illégalité querellée par le requérant, de porter le moins possible atteinte à ce qui en soi n'est pas illégal dans l'action administrative et qui, en conséquence, doit être préservé des retombées dévastatrices d'une annulation totale¹⁴⁶¹.

¹⁴⁵⁷ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, T. 2, précité, p. 568-569.

¹⁴⁵⁸ M.-P. Corbel, *L'annulation partielle des actes administratifs*, précité, p.139.

¹⁴⁵⁹ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, T. 2, précité, p. 568-569.

¹⁴⁶⁰ J.-M. Peyrical, *Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'annulation : étude sur la neutralisation et la substitution des motifs*, A.J.D.A. 1996, précité, p.22.

¹⁴⁶¹ F. Lamy, conclusions sous CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, Rec. p. 310.

Deux hypothèses illustrent cette faculté de compromis offerte au juge en face d'une décision administrative illégale : l'annulation partielle « *quantitative* »¹⁴⁶² et l'annulation partielle « *qualitative* »¹⁴⁶³. **Dans la première l'hypothèse**, l'annulation partielle quantitative, le juge va limiter sa censure à une partie seulement du contenu matériel, jugée illégale et divisible¹⁴⁶⁴, de la décision attaquée¹⁴⁶⁵. Le jugement d'annulation s'analyse ici « *en une amputation d'un acte administratif* »¹⁴⁶⁶ d'un ou de plusieurs de ses paragraphes, d'un ou de plusieurs de ses articles, d'une ou plusieurs de ses phrases ou d'un ou de plusieurs des mots qui le composent¹⁴⁶⁷. D'usage ancien¹⁴⁶⁸, ses traces remontant à l'époque de la justice retenue¹⁴⁶⁹, l'annulation partielle permet au juge administratif de trouver un juste équilibre entre la censure de l'action administrative illégale et la non-paralysie totale de celle-ci. C'est ainsi que le Conseil d'État a, dans sa décision *Busson* (req. n° 26086) en date du 15 juin 2005, annulé les deux paragraphes de la note n° 426416 du 3 juillet 2002 du ministre de la Défense qui commençaient par les mots « Pour éviter ce cas de figure » et qui se terminaient par les termes « compte tenu de la date de conclusion du contrat » ainsi que les mentions

¹⁴⁶² F. Blanco, thèse précitée, p. 273.

¹⁴⁶³ Idem.

¹⁴⁶⁴ Rappelons en effet, que la divisibilité de la décision attaquée est une condition indispensable pour que le juge puisse prononcer une annulation partielle, faute de quoi le recours sera jugé irrecevable.

En effet, lorsqu'il est saisi de conclusions tendant à l'annulation partielle d'un acte dont les dispositions forment un tout indivisible, le juge de l'excès de pouvoir est tenu de rejeter ces conclusions comme irrecevables quels que soient les moyens invoqués contre la décision attaquée (Voir dans ce sens : CE, 1^{er} juillet 1981, *S.A. Carrière Chalumeau et autres*, Rec. p. 293 ; -, 21 juillet 2006, *Ichard*, req. n°267853 ; CE, 9 juillet 2007, *X.*, req. n° 297795 ; CE, 23 décembre 2010, *Simon X.*, req. n° 330280 ; CE, 20 décembre 2011, *Jean-Pascal X.*, req. n°336159). L'irrecevabilité de ces conclusions doit même être relevée d'office, rappelle à ce propos le Conseil d'État dans sa décision *Ministre de l'économie, du développement durable, des transports et du logement* en date du 21 novembre 2012 (req. n° 354313).

Toutefois, s'agissant du contentieux de l'urbanisme et dans un souci équilibre entre la sécurité juridique des autorisations d'urbanisme et le principe de légalité l'article, L. 600-5 du Code de l'urbanisme permet au juge administratif de prononcer une annulation partielle même en cas d'invisibilité des éléments du projet. Voir dans ce sens, CE, 1^{er} mars 2013, *F. et autres*, req. n° 350306 ; CE, 1^{er} octobre 2015, *Commune de Toulouse c/ A*, req., n° 374338, précités.

¹⁴⁶⁵ F. Blanco, thèse précitée, p. 273.

¹⁴⁶⁶ Idem.

¹⁴⁶⁷ J-M. Staub, *Les annulations immatérielles*, in *De code en code, Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p.779, s. p. 780.

¹⁴⁶⁸ Laferrrière disait déjà que « *le Conseil d'État ne peut pas annuler indistinctement les dispositions illégales et celles qui ne le sont pas, et faire subir à l'acte tout entier les conséquences d'une irrégularité partielle* », *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, T. 2, précité, p. 569.

Voir dans ce sens, CE, 1^{er} décembre 1899, *Sieur Georget*, Rec., p. 689 ; CE, 19 février 1904, *Sieurs Laporte et autres*, Rec., p. 129 ; CE, 11 novembre 1910, *Abbé Barthez*, Rec., p. 764 ; CE, 16 décembre 1910, *Sieurs Debout, Marcheux et autres*, Rec., p. 659 ; CE, 3 février 1911, *Maillary*, Rec., p. 132 ; CE, 2 février 1912, *Abbé Cartier*, Rec., p. 130 ; CE, 12 novembre 1915, *Abbé Olivier*, Rec., p. 308 ; CE, 18 mai 1917, *Tonnet*, Rec., p. 415 ; CE, 22 juin 1917, *Abbé Didier*, Rec., p. 494 ; CE, 5 mai 1922, *Sieur Convert et autres*, Rec., p. 390. Décisions citées par F. Blanco, thèse précitée, p. 274.

¹⁴⁶⁹ CE, 18 juin 1846, *Blanc*, Rec. p. 334 ; CE, 12 mai 1847, *Desgrottes*, Rec. p. 286 ; CE, 18 mai 1854, *Commune de Catillon c/ Commune de la Groise*, Rec. p. 465 ; -, 30 juin 1859, *Tropiers de Lyon*, Rec. p. 453 ; -, 10 mars 1864, *Darnaud*, Rec. p. 230 ; CE, 19 mars 1868, *Champy*, Rec. p. 325. Voir dans ce sens : F. Blanco, thèse précitée, p. 273, note n° 1592 et 1593.

correspondantes du tableau de synthèse annexé à cette note. De même, dans sa décision *Union nationale des syndicats des affaires sociales C.G.T (U.N.A.S)* en date du 8 juillet 2005 (req. n° 267999), la Haute juridiction administrative a annulé les articles 1 et 2 de l'arrêté du 24 mars 2004 du ministre de l'Équipement, des Transports, du Logement, du Tourisme et de la Mer relatif aux conditions d'évaluation et de notation des personnels relevant des corps de l'inspection du travail et de contrôleurs du travail affectés au ministère de l'équipement, des transports, du logement, du tourisme et de la mer¹⁴⁷⁰.

Dans la seconde hypothèse, l'annulation partielle « qualitative »¹⁴⁷¹, le juge va limiter sa censure non pas à une partie du contenu matériel de la décision attaquée, mais aux effets illégaux de celle-ci, et cela soit « *en tant qu'* » ils ont eu une portée contraire à la loi, la décision administrative sera ainsi censurée partiellement pour violation de la loi **par action**, soit « *en tant qu'ils n'ont pas* » appliqué la loi, l'action administrative sera alors censurée partiellement pour violation de la loi **par omission**. Dans le premier groupe d'annulation partielle qualitative, à savoir l'annulation « *en tant que* », le juge va sanctionner partiellement le comportement positif illégal de l'administration, **c'est-à-dire qu'ici l'administration a agi au mépris des règles de droit qui s'imposent. Il y avait donc violation positive de la loi : celle-ci a imposé des conditions et limites que l'administration n'avait pas respectées**¹⁴⁷². **La violation positive de la loi** peut se matérialiser notamment dans **la portée spatiale**¹⁴⁷³ illégale de la décision attaquée. Celle-ci sera ainsi censurée, par exemple, « *en tant qu'elle* » intègre ou comporte voire au contraire méconnaît ou exclut du champ d'application de la loi telle ou telle activité, tel ou tel ensemble de personnes justement concernées par cette loi, ou encore dans **la portée temporelle**¹⁴⁷⁴ illégale de la décision prise : l'action administration sera

¹⁴⁷⁰ Voir pour d'autres exemples d'annulation quantitative : CE, Ass., 10 octobre 1958, *Union de la propriété bâtie de France et sieur Durand-Perdriel*, Rec. p. 480 ; CE, Sect., 1^{er} juin 1979, *Association « Défense et promotion des langues de France »*, Rec. p. 252 ; CE, 15 avril 1983, *Ancelin et autres*, Rec., p. 150 ; CE, 28 juillet 1993, *Fédération nationale des tabacs et allumettes Force Ouvrière et Fédération nationale C.G.T des tabacs et allumettes*, Rec.T. p. 573-574 ; CE, 31 juillet 1996, *Société nationale de protection de la nature et autres*, req. n° 153299 ; CE, 7 juillet 1997, *Syndicat des médecins Aix et Région*, req. n° 163958 ; CE, 14 avril 1999 *France Télécom*, Rec. p. 143. Voir dans ce sens, F. Blanco, thèse précitée, p. 274.

¹⁴⁷¹ F. Blanco, thèse précitée, p. 273.

¹⁴⁷² Voir dans ce sens : A. Geogin, *La violation de la loi : cause d'ouverture du recours pour excès de pouvoir*, Impr. Rousseau et Cie, 1915, p. 265.

¹⁴⁷³ Terme utilisé par M. Staub, *Les annulations immatérielles*, in *De code en code, Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009. Précité, p. 780.

¹⁴⁷⁴ Idem.

dès lors censurée partiellement « *en tant qu'elle a eu* » une application ou un effet rétroactif illégal¹⁴⁷⁵.

Quelques exemples permettent d'illustrer l'hypothèse de l'annulation partielle d'une décision « *en tant qu'* » elle a eu des effets contraires à la loi. Dans sa décision *Aubry et Butot* en date du 10 juin 1910 (Rec. p.450), le Conseil d'État a ainsi annulé les arrêtés du 8 janvier 1908 en tant qu'ils avaient méconnu le droit du sieur Aubry d'être nommé à la même date à l'emploi d'inspecteur de la police municipale avant les sieurs Perriol, Herpeux, Doradoux et Rouffiac. Dans cette affaire, la violation de la loi s'était traduite par une action positive de l'administration, à savoir le refus de nommer le sieur *Aubry*. L'administration avait violé la loi qui permettait au sieur *Aubry* d'être nommé à l'emploi d'inspecteur de la police municipale avant les sieurs *Perriol, Herpeux, Doradoux et Rouffiac*. L'annulation partielle « *en tant que* » a permis au juge de circonscrire sa censure à la seule portée spatiale illégale de ces arrêtés, ce qui, concrètement, s'est traduit par l'annulation du seul refus de désigner le candidat protestataire. La nomination, elle, est demeurée intacte¹⁴⁷⁶. Dans une autre espèce (CE, 21 mai 1986, *Syndicat national des directeurs d'école de masso-kinésithérapie et autres*, Rec. p. 143), la Haute juridiction administrative a annulé pour excès de pouvoir les articles 4 à 14 et 17 à 20 de l'arrêté du ministre de la Santé du 25 juin 1982 relatif aux conditions de fonctionnement des écoles paramédicales en tant qu'ils concernent les écoles de masso-kinésithérapie et les écoles de pédicurie-podologie. Dans cette affaire, l'arrêté du ministre de la Santé avait prévu, dans ses articles 4 à 14, que le pouvoir disciplinaire au sein des écoles paramédicales privées soumises à agrément fût exercé par "un conseil d'école" présidé par le médecin inspecteur régional de la santé et composé, d'une part, de représentants de l'administration et des enseignants, d'autre part, de représentants des élèves, ce qui n'était pas dans les attributions du ministre de la Santé. En effet, si les dispositions législatives du code de la santé publique et les dispositions du décret du 27 novembre 1979 relatif aux études préparatoires au diplôme d'État de masseur-kinésithérapeute et du décret du 22 mars 1977 relatif aux études préparatoires et aux épreuves du diplôme d'État de pédicure conféraient au dit ministre un

¹⁴⁷⁵ Voir à propos du principe de non rétroactivité des actes administratifs : CE, Ass., 25 juin 1948, *Société du journal « L'Aurore »*, Rec. p.289.

¹⁴⁷⁶ Voir dans ce sens, H. Léoan, *La procédure devant le Conseil d'État statuant au contentieux en première et dernière instance*, thèse Paris 1954, précité, p.267). Et comme l'a justement expliqué le Professeur Weil, « *La nomination du candidat non présenté se décomposerait en réalité en deux actes distincts : il y aurait, d'une part, refus de nommer le candidat présenté, d'autre part nomination du candidat non présenté ; seul le premier de ces actes serait annulé, alors que le second resterait valable (...): le candidat civil nommé à tort remplissait en réalité toutes les conditions d'aptitude requise ; il a simplement été nommé trop tôt. L'intérêt du service n'est pas méconnu en rien par sa nomination* », thèse précitée, p.95.

large pouvoir pour fixer les conditions de fonctionnement des écoles paramédicales privées soumises à agrément, il ne tenait pas de ces dispositions, en l'absence d'une habilitation expresse, le pouvoir de dessaisir de leurs attributions en matière de discipline les organes statutaires chargés de la direction de ces écoles et de confier la mise en œuvre du pouvoir disciplinaire à un conseil entièrement indépendant de ces organes. Les articles 4 à 14 de l'arrêté ministériel du 25 juin 1982 avaient donc donné une portée spatiale illégale aux dispositions des décrets du 27 novembre 1979 et du 22 mars 1977. Le Conseil d'État a, par suite, sanctionné lesdits articles en tant qu'ils concernaient les écoles de masso-kinésithérapie et de pédicurie-podologie. Dans une autre espèce encore (CE, 16 décembre 2005, *Groupement forestier des ventes de Nonant*, req., n° 261646), le Conseil d'État a annulé l'article 2 du décret du 4 septembre 2003 ayant porté nouvelle délimitation du site classé du Haras du Pin, sur le territoire des communes de La Cochère, Exmes, Ginai, Nonant-le-Pin, Le Pin-au-Haras et Silly-en-Gouffern, dans le département de l'Orne, **en tant qu'il avait exclu du périmètre de classement les fermes de Brousses et de Borculo**. La violation de la loi s'était matérialisée ici par la portée (action/décision) spatiale illégale attribué à l'article 2 du décret du 4 septembre 2003, qui avait **exclu du périmètre de classement les fermes de Brousses et de Borculo**. Le Conseil d'État a sanctionné cette illégalité par une annulation partielle « en tant que »¹⁴⁷⁷. Plus récemment encore, le Conseil d'État a, par un arrêt en date du 5 octobre 2015¹⁴⁷⁸ sur lequel nous allons revenir plus loin, annulé l'arrêté du 25 juin 2014 du ministre du travail, de l'emploi et du dialogue social ayant porté agrément de la convention du 14 mai

¹⁴⁷⁷ C'est dans le même ordre d'idée, que le Conseil d'État a, également, annulé le 1° de l'article 15 du décret du 11 mai 1982 relatif à l'organisation et au fonctionnement des services médicaux du travail **en agriculture en tant qu'il confère un pouvoir de décision définitif au comité d'entreprise** lors de la nomination des médecins du travail dans les sections de médecine du travail instituées au sein des caisses de mutualité sociale agricole (CE, 11 juillet 1986, *Caisse centrale de secours mutuels agricoles*, Rec., p. 203) ; l'arrêté du ministre de l'économie, des finances et du budget et du ministre de l'agriculture en date du 27 novembre 1985 étendant les règles édictées par le comité économique agricole "fruits et légumes" de Midi-Pyrénées est annulé **en tant qu'il concerne les fraises** (CE, 24 septembre 1990, *Fédération française de l'agriculture*, req. n° 76199) ; le tableau d'avancement des magistrats pour l'année 1988 **en tant qu'il comporte l'inscription** de MM. Michel et Tibéri (CE, Sect., 29 juillet 1994, *Ribault et Clouet*, Rec., p. 399) ; l'article 21 de l'arrêté ministre de l'éducation nationale en date du 27 novembre 1998 relatives au troisième concours d'accès à l'École normale supérieure **en tant qu'il prévoit que des épreuves d'admission au troisième concours d'accès à l'École normale supérieure peuvent être passées dans une langue autre que le français** (CE, 22 novembre 1999, *Syndicat nationale des personnels de recherche*, Rec. p. 811) ; l'article R. 162-1-2 introduit dans le code de la sécurité sociale par le décret n° 96-925 du 18 octobre 1996 **en tant qu'il exclut du champ du droit d'opposition** reconnu au patient la date de la consultation, le cachet et la signature du médecin (CE, 1^{er} décembre 1997, *Union des professions de santé libérales SOS action santé*, req. n° 184546) ; le décret en date du 27 décembre 2005 portant classement parmi les sites du département du Var de l'ensemble formé par la presqu'île de Giens, les îles et îlots avoisinants, l'étang et les salins des Pesquiers et les Vieux Salins, sur le territoire des communes d'Hyères-les-Palmiers et de La Londe-les-Maures **en tant qu'il exclut du périmètre du classement le parc de stationnement du domaine départemental** (CE, 13 juillet 2007, *Coulomb*, req., n° 290963. Voir dans le même sens, CE, Ass., 16 décembre 2005, *Groupe forestier des ventes Nonant*, req., n° 261646 : annulation de l'article 2 du décret du 4 septembre 2003 est annulé en tant qu'il exclut du périmètre de classement les fermes de Brousses et de Borculo).

¹⁴⁷⁸ req., n° 383956 ; A.J.D.A. 2015, p. 1886, note J.-M. Pastor.

2014 relative à l'indemnisation du chômage « *en tant qu'il agré[ait] les stipulations, d'une part, des deuxième et troisième alinéas du paragraphe 2 de l'article 27 du règlement général annexé à la convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage et, d'autre part, du paragraphe 4 de l'accord d'application n° 9 du 14 mai 2014 pris pour l'application des articles 9, paragraphes 1er, 28 et 29 de ce règlement général* » ; ces dispositions ont été jugées divisibles du reste de l'arrêté. Enfin, à propos de la portée temporelle illégale d'une décision administrative, le Conseil d'État a, dans sa décision d'Assemblée *Delacommune* en date du 8 juillet 1949 (Rec., p. 346), sanctionné les dispositions des articles 2 et 5 de l'arrêté interministériel du 28 septembre 1948 en tant qu'elles avaient eu un effet rétroactif. En effet, dans cette affaire, la date de leur entrée en vigueur de ces dispositions avait été fixée au 1^{er} septembre 1948, alors que le décret datait du 28 septembre 1948. La date d'application de ces dispositions était donc antérieure à la date de leur entrée en vigueur¹⁴⁷⁹.

Dans le deuxième cas d'annulation partielle qualitative, appelée annulation « *en tant que ne pas* », le juge sanctionne l'attitude passive de l'administration, son inaction, son manquement à son obligation d'appliquer une disposition légale obligatoire¹⁴⁸⁰.

Le principe de légalité oblige en effet l'autorité administrative non seulement à respecter les diverses règles de droit, c'est-à-dire à ne prendre aucune décision qui serait contraire à celle-ci, mais encore à appliquer effectivement la loi, c'est-à-dire à prendre des mesures positives pour l'exécuter ou la faire observer¹⁴⁸¹. Dans ce cas de figure, l'intervention de l'administration par une décision positive se révèle indispensable à l'application de la loi. Dès lors qu'une situation de fait se produise, l'administration ne peut, sans commettre

¹⁴⁷⁹ Voir dans le même sens, CE, Sect., 14 février 1958, *Chamley et Perret*, Rec. p. 99. Dans cette affaire le Conseil d'État a jugé que, « *si le gouvernement pouvait fixer par le décret attaqué un régime nouveau de rémunération des professeurs en service à l'étrangers, notamment en se référant aux traitements en vigueur dans la métropole le 1^{er} janvier 1951, il ne pouvait légalement donner effet à ce régime nouveau à une date antérieure à la date d'entrée en vigueur dudit décret ; que l'article 2 du décret attaqué doit dès lors, être annulé en tant qu'il a fixé sa date d'effet au 1^{er} janvier 1951* ».

Voir toujours dans le même sens : CE, Sect., 14 novembre 1980, *M^{lle} Montalibet*, Rec. p. 427, A.J.D.A. 1981, p. 315, concl. J.-F. Théry à propos de l'annulation d'un arrêté, en tant qu'il fixe une date d'entrée en vigueur de ses dispositions antérieure à sa notification : « *Considérant, toutefois, que l'arrêté attaqué, portant réintégration de Mlle Montalibet dans son corps d'origine « à compter du 1er avril 1979 » ne pouvait légalement entrer en vigueur qu'à partir de sa notification à l'intéressée ; qu'il est constant que cette notification n'a eu lieu que postérieurement à la date du 4 mai 1979 ; que, dès lors, il doit être annulé en tant qu'il comporte illégalement un effet rétroactif* ».

¹⁴⁸⁰ Voir dans ce sens, P. Cassia, G.A.C.A., 5^{ème} édition commentaire n° 67.

¹⁴⁸¹ Voir dans ce sens, J. Kahn, Conclusions sous CE, 27 janvier 1961, *Vannier*, D. 1961. Somm. 69, Rec. p. 60 : « *Tant qu'ils demeurent en vigueur, les règlements légalement faits obligent l'autorité administrative non seulement à les respecter, c'est-à-dire à ne prendre aucune décision qui leur soit contraire, mais encore à les appliquer, c'est-à-dire à prendre des mesures pour les exécuter ou les faire observer* ».

d'illégalité, refuser d'agir. Son refus de rependre par une décision positive à une situation de fait donnée sera entaché d'illégalité.

L'annulation partielle va sanctionner cette violation de la loi caractérisée par l'inertie d'une autorité administrative ayant gardé son silence ou refuse d'intervenir. En d'autres termes, le juge va censurer le dispositif de la décision attaquée non pas pour ce qu'il contient, mais « *pour ce qu'il ne contient pas* », il annulera « *en quelque sorte le néant* »¹⁴⁸², « *un véritable vide,... un non-être total* »¹⁴⁸³. C'est « *l'absence ou l'insuffisance de contenu normatif –et non le contenu normatif lui-même –qui est ici sanctionné par le juge de l'excès de pouvoir* »¹⁴⁸⁴. C'est ainsi, par exemple, que l'action administrative a été censurée par le Conseil d'État en tant qu'elle « *ne prévoyait pas* » les conditions d'attribution de la carte professionnelle des personnels qualifiés pour conduire des visites dans les musées et monuments historiques aux personnes titulaires de diplômes d'autres États membres de l'Union européenne¹⁴⁸⁵, en tant qu'elle « *ne comportait pas* » le nom de la requérante inscrite sur la liste complémentaire des élèves commissaires de l'armée de terre¹⁴⁸⁶, en tant qu'elle « *ne procédait pas* » au classement en 4^{ème} catégorie des armes commercialisées en France présentant des caractéristiques équivalentes aux produits Stoper C2, M18 et M18L de marque TASER¹⁴⁸⁷.

¹⁴⁸² C. Bergeal, conclusions sous CE, 13 mars 1998, *Fédération nationale des sociétés d'économie mixte*, A.J.D.A. 1998, p.514.

¹⁴⁸³ P. Weil, thèse précitée, p. 155.

¹⁴⁸⁴ F. Blanco, thèse précitée, p. 280.

¹⁴⁸⁵ CE, Ass. 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, Rec. p. 303, concl. F. Lamy, A.J.D.A 2001, p.1046, G.A.C.A 5^{ème} édition n° 67 Voir dans le même sens : CE, Ass., 1^{er} juillet 1988, *Société immobilière d'économie mixte de la ville de Partis(SIEMP)*, Rec. p. 274, à propos de de l'annulation du décret n° 82-955 du 9 novembre 1982 pris en application de l'article L.442-3 du code de la construction et de l'habitation et fixant la liste des charges récupérables par les bailleurs du secteur social sur leurs locataires **en tant qu'il ne prévoit pas la récupération des frais du personnel chargé de l'entretien de propreté des immeubles et de l'élimination des déchets ménagers** ; CE,4 février 2005, *Syndicat nationale des praticiens hospitaliers anesthésistes réanimateurs*, req., n° 258201, à propos de l'annulation de l'article 3 B de l'arrêté du ministre de la jeunesse, de l'éducation nationale et de la recherche, du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, du ministre de la santé, de la famille et des personnes handicapées et du ministre délégué au budget et à la réforme budgétaire relatif à l'organisation et à l'indemnisation de la continuité des soins et de la permanence pharmaceutique dans les établissements publics de santé et dans les établissements publics d'hébergement pour personnes âgées dépendantes en date du 30 avril 2003 **en tant qu'il ne prévoit pas** l'octroi aux praticiens, qui ont effectué des interventions à l'hôpital au cours de la première partie de la période de nuit et dont le repos quotidien a été de ce fait réduit en deçà d'une durée minimale de onze heures consécutives sur une période de vingt-quatre heures, d'un repos compensateur dans des conditions conformes aux objectifs de la directive du 23 novembre 1993.

¹⁴⁸⁶ CE, 11 mai 1998, *Mlle Aldige*, Rec. p. 974.

¹⁴⁸⁷ CE, 3 décembre 2010, *Société SMP technologie e. a.*, req. n° 332540.

B. Une pratique commandée par la nécessité de préserver l'effet utile du jugement de l'excès de pouvoir

La finalité du recours pour excès de pouvoir consiste à rétablir la légalité méconnue par l'autorité administrative. Cet objectif doit être traduit en termes concrets par un jugement en annulation de la décision administrative critiquée. Toutefois, lorsque cette légalité est transgressée par une partie seulement de la décision administrative litigieuse, il apparaît légitime, comme nous l'avons déjà évoqué plus haut, de ne pas faire subir injustement toutes les conséquences de l'annulation à l'ensemble de l'action administrative¹⁴⁸⁸. Faire subir à la décision administrative tout entière les conséquences d'une irrégularité partielle reviendrait, en effet, à dénaturer ce rôle, conçu sous l'angle de la finalité, du recours pour excès de pouvoir, à savoir rétablir la légalité méconnue par l'autorité administrative.

C'est afin de préserver cet effet utile du recours pour excès de pouvoir que le Conseil d'État a décidé de circonscrire sa censure aux seuls éléments illégaux de l'acte critiqué. Ce faisant, « *la Haute Juridiction laisse alors subsister l'acte dans la mesure où il est juridiquement correct. Au lieu de prononcer une disparition totale de l'acte, le Conseil d'État s'efforce d'en sauver le plus possible* »¹⁴⁸⁹.

Les rapports de confrontation entre les parties en présence dans l'instance juridictionnelle vont ainsi s'apaiser, puisque en l'absence d'effets complets de l'illégalité, c'est-à-dire l'annulation totale de la décision administrative attaquée, il restera une trace plus importante de celle-ci.

Ce souci de préserver certains éléments d'une décision administrative partiellement annulée témoigne de l'effort de cohérence fait par le juge administratif, afin de préserver l'effet utile du recours pour excès de pouvoir, et cela en introduisant une dose de souplesse dans son régime, de manière à concilier les différents intérêts en présence : ceux du requérant qui, obtient ce qu'il demande, puisque sa demande aboutit à un jugement d'annulation, ceux de l'administration, dont la décision purgée seulement de ses imperfections est partiellement sauvée.

¹⁴⁸⁸ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, T. 2, précité, p. 569

¹⁴⁸⁹ H. Léoan, *La procédure devant le Conseil d'État statuant au contentieux en première et dernière instance*, précitée, p. 265.

Sous l'angle de l'efficacité, le jugement d'annulation partielle apparaît ici comme une solution positive, qui vise davantage à corriger qu'à sanctionner. Il ne s'agit pas, en effet, d'annuler indistinctement ce qui est illégal et ce qui ne l'est pas dans l'action administrative, mais de faire un tri afin de préserver ce qui doit l'être dans celle-ci. En d'autres termes, « *il ne s'agit plus en effet de procéder à une censure abstraite et aveugle de l'acte entaché d'illégalité, mais de sérier à l'intérieur de celui-ci les éléments légaux et illégaux, afin d'extraire de la mesure querellée ses seules parties viciées* »¹⁴⁹⁰. En annulant partiellement la décision administrative soumise à son contrôle, le juge de l'excès de pouvoir sauve ainsi davantage qu'il ne détruit, collabore¹⁴⁹¹ plus qu'il ne sanctionne. « *C'est incontestablement la marque d'un louable effort de la part de la Haute Juridiction* »¹⁴⁹². Un effort que cette dernière n'hésite pas à compléter par un considérant directif dont le contenu explique à l'administration de façon particulièrement détaillée¹⁴⁹³ les mesures qu'impose l'annulation de sa décision ou le comportement transitoire qu'elle doit adopter¹⁴⁹⁴ dans l'attente de remédier aux irrégularités ayant entaché son action¹⁴⁹⁵.

¹⁴⁹⁰ F. Blanco, thèse précitée, p. 304.

¹⁴⁹¹ « ...le juge administratif essaie ainsi de sauver le plus qu'il peut du règlement attaqué marquant ainsi son désir de collaborer avec l'administrateur », J. De Soto, *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, thèse Paris, 1942, p. 242.

¹⁴⁹² H. Lénoan, *La procédure devant le Conseil d'État statuant au contentieux en première et dernière instance*, thèse Paris, 1954, précitée, p. 265.

¹⁴⁹³ CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, précité ; CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, *Rec.* p. 303, concl. F. Lamy, *A.J.D.A* 2001, p. 1046.

¹⁴⁹⁴ CE, 25 juin 2001, *Société à objet sportif « Toulouse Football Club »*, *Rec.*, p. 281, *R.F.D.A.*, p. 2002, p. 47, note J.-M. Duval.

¹⁴⁹⁵ Voir dans ce sens, C. Devys, conclusions, sous CE, *AC !*, 2004, précité.

§2. La recherche d'un compromis quant à l'étendue " dans le temps " du jugement d'annulation : l'annulation différée

Pour une meilleure prise en compte des effets du jugement qu'il prononce, le juge de l'excès de pouvoir peut décider d'organiser dans le temps l'étendue de sa censure. Cette pratique est dictée par de nouveaux enjeux du litige administratif, que le juge se doit de prendre en considération afin de préserver les différents intérêts en présence.

A. La possibilité pour le juge d'organiser dans le temps l'étendue de sa censure pour une meilleure prise en compte des effets de celle-ci

La possibilité pour le juge administratif d'organiser dans le temps les effets d'une décision d'annulation est une exception au principe selon lequel l'acte annulé pour excès de pouvoir disparaît rétroactivement de l'ordonnancement juridique et emporte avec lui tout ce qui est né de lui ; cassé par le juge, celui-ci est censé n'avoir jamais existé¹⁴⁹⁶ ou n'être jamais intervenu¹⁴⁹⁷.

En face de ce principe, vu comme une issue brutale de nature à emporter, dans certaines hypothèses, « *des conséquences manifestement excessives en raison [notamment] des effets que [l'acte annulé] a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur* », le Conseil d'État a décidé, d'une façon prétorienne, de moduler, à titre exceptionnel, les effets des annulations qu'il prononce. En ce sens que les effets de sa censure de l'excès de pouvoir vont jouer davantage pour l'avenir que pour le passé. Un premier pas décisif dans cette direction a été franchi par la décision *Titran* en date du 27 juillet 2001 (req., n° 222509, *A.J.D.A.* 2001 p. 1046, chron. M. Guyomar et P. Collin). Saisie, dans cette affaire, d'une demande en annulation pour excès de pouvoir de la décision du 21 avril 2000 par laquelle le Garde des Sceaux, ministre de la Justice, avait refusé d'abroger les arrêtés du 18 juin 1986 et du 13 avril 1993 relatifs à la mise en œuvre dans les tribunaux de grande instance d'un système de gestion automatisé des procédures, la Haute juridiction administrative a décidé, pour la première fois, de prononcer une annulation aux effets différés, et cela en ayant accordé au Garde des Sceaux un délai de deux mois pour, selon son choix, soit compléter les arrêtés contestés en prévoyant, conformément à l'avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés du 20 mai 1986, le délai maximal de conservation des données concernant les procédures pénales, les modalités de mise à jour des informations à la suite des mesures d'amnistie, de réhabilitation et de grâce, ainsi que le délai de conservation des autres informations, soit prendre un décret, sur avis conforme du Conseil d'État, permettant de passer outre aux réserves émises par la Commission. Ensuite, par une décision d'*Assemblée Association A.C ! et autres* en date du 11 mai 2004 (Rec., p. 197)¹⁴⁹⁸, qui a donné « à la

¹⁴⁹⁶ CE, 10 janvier 2007, *SCP médecins Reichfeld et Sturtzer*, req. n° 262964, précité.

¹⁴⁹⁷ CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, précité.

¹⁴⁹⁸ *R.F.D.A.* 2004, p. 438, étude Stahl et Courrèges, et p. 454, concl. C. Devys, *A.J.D.A.* 2004, p. 1049, comm. Bonichot, et p. 1183, chron. C. Landais et F. Lenica, *R.D.P.* 2005, p. 536, chron. C. Guettier, *L.P.A.* octobre 2004, et novembre 2004, n° 208, chron. F. Melleray et n°230, p. 14, note P. Montfort, *JCP A* 2004, n°1826, note J.

rétroactivité un maître et, par là même, accompli le statut du juge administratif »¹⁴⁹⁹, le Conseil d'État a confirmé, par un considérant de principe¹⁵⁰⁰, son pouvoir de modulation, qui lui permet désormais, dès lors que les conditions d'exercice d'une telle prérogative sont réunies, de déroger « à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et (...) de prévoir dans sa décision d'annulation que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de celle-ci contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine »¹⁵⁰¹. Il était question, dans cette affaire, d'une demande en annulation des arrêtés du 5 février 2003 du ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité relatifs au régime d'assurance chômage, et qui ont agréé, d'une part, les avenants à la convention d'assurance chômage du 1^{er} janvier 2001 conclue pour trois ans et, d'autre part, la nouvelle convention d'assurance chômage, conclue pour une période de trois ans, à compter du 1^{er} janvier 2004. Les moyens invoqués par les requérants étaient tirés notamment de l'irrégularité de la composition du Comité supérieur de l'emploi, dont la consultation, requise par le Code du travail, revêtait le caractère d'une formalité substantielle. Les arrêtés litigieux encourageaient en principe, conformément à la solution classique du contentieux de l'excès de pouvoir, une annulation totale dont la portée rétroactive était susceptible de créer, selon les termes du commissaire de gouvernement Devys, « un vide juridique mettant en cause à court terme le fonctionnement du régime d'assurance-chômage »¹⁵⁰². On conçoit en effet que les conséquences d'une telle solution seraient particulièrement graves, au point même de susciter des doutes sur l'utilité réelle du recours pour excès de pouvoir dans pareil

Bigot, *L.P.A* 4 février 2005, n°25, note F. Crouzatier-Durand, *D.* 2005, p.30, comm., Frier, *D.A* juillet 2004, note Lombart, et août-septembre 2004, note O. Dubos et F. Melleray, *G.A.J.A* 19^{ème} édition, n° 110.

¹⁴⁹⁹ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} édition, précité, n° 1218.

¹⁵⁰⁰ « Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif - après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause - de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation ; qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de celle-ci contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine ».

¹⁵⁰¹ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} édition, précité, n° 1218.

¹⁵⁰² C. Devys, conclusions, précité.

cas de figure ; elles seraient d'autant plus injustes que l'annulation rétroactive des dispositions litigieuses aggrave plus qu'elle ne répare ! Le remède de l'annulation est ici pire que le mal provoqué par l'illégalité. Tel était le problème soumis au Conseil d'État dans cette affaire. Pour le résoudre, la Haute juridiction administrative a refusé la facilité que lui conférait la logique mécanique de l'annulation rétroactive, en optant pour une solution tout à fait originale qui, à l'exception des dispositions annulées, conformément à la solution classique, d'une façon rétroactive, s'apparentait davantage à un « **compromis** » qu'à une véritable sanction de l'excès de pouvoir. En effet, après avoir recueilli (début d'un compromis) au cours de l'instruction, par le biais de sa première sous-section, l'avis des parties en présence sur les conséquences d'une éventuelle annulation totale des arrêtés litigieux¹⁵⁰³, le Conseil d'État, tout en réaffirmant (et explicitement, pour la première fois)¹⁵⁰⁴ le principe de l'effet rétroactif des jugements d'annulation, a décidé, bien qu'il les ait annulés, de maintenir à titre exceptionnel les effets de certaines dispositions produits antérieurement à sa décision¹⁵⁰⁵, alors que d'autres n'ont été annulés qu'à une date ultérieure fixée au 1^{er} juillet 2004¹⁵⁰⁶, et cela, sous réserve, dans les deux cas, des autres actions contentieuses engagées à la date de cette décision (compromis trouvé). Ce faisant, le Conseil d'État a délaissé un instant¹⁵⁰⁷ ses pouvoirs de censeur au profit d'un rôle de « médiateur »¹⁵⁰⁸ entre les parties en présence.

À qui a profité en définitive la solution retenue par la Haute juridiction administrative dans cette affaire ?

Le choix du juge d'apporter, par la décision *AC !*, des correctifs au principe de la disparition rétroactive des actes illégaux laisse penser, au premier abord, qu'il a incontestablement protégé les prérogatives de l'administration, en ce sens que l'attitude du juge de l'excès de pouvoir peut être interprétée comme une main tendue à cette dernière. Toutefois, à bien analyser le compromis trouvé par la Haute juridiction dans cette espèce, on peut dire que cette solution a également été favorable au requérant. Tout d'abord, les vices dont souffraient les arrêtés litigieux ont été purgés. Ensuite, les requérants et surtout les

¹⁵⁰³ Les défendeurs ayant fait, à ce propos, une description cataclysmique, qui, selon le commissaire de gouvernement, laisse penser qu'elle serait sans lendemain, dès lors qu'interviendrait vraisemblablement une validation législative.

¹⁵⁰⁴ R. Chapus, précité, n° 1218.

¹⁵⁰⁵ Voir dans ce sens, article 5 du dispositif de la décision.

¹⁵⁰⁶ Voir dans ce sens, l'article 3 du dispositif de la décision.

¹⁵⁰⁷ Rappelons qu'ici, le Conseil d'État a bien souligné le caractère exceptionnel de sa décision : « *Considérant...qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses...* ».

¹⁵⁰⁸ C. Guettier, chron. *R.D.P.* 2005, p. 536.

allocataires bénéficiaires d'assurance-chômage avaient quant à eux, tout intérêt à ce que le Conseil d'État préservât leurs droits et intérêts antérieurement à cette annulation.

Cette conciliation que le juge de l'excès de pouvoir a réussi à trouver entre les principes de légalité et de sécurité juridique, en organisant dans le temps les effets de sa censure, fait gagner en cohérence et par là même en efficacité au jugement de l'excès de pouvoir. Ce qui, au final, a permis dans cette affaire aux parties en présence de renégocier un système légal et, surtout, d'éviter ainsi le vide juridique qu'aurait provoqué le caractère disproportionné des conséquences d'une annulation rétroactive totale des dispositions critiquées. Cette solution de compromis consacrée dans la décision AC ! est une œuvre prétorienne du Conseil d'État, qui n'a eu de cesse de jouer un rôle de plus en plus actif dans la solution des litiges qu'il était appelé à résoudre. La Haute juridiction administrative a su la trouver grâce à la mise en œuvre sa méthode traditionnelle, dite du « bilan coût-avantage ». Pour cela, elle a dû, au cas particulier, confronter les inconvénients des conséquences de la rétroactivité sur les intérêts publics et privés en présence avec ceux qui auraient résulté, au regard des exigences de la légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, d'une limitation dans le temps des effets de l'annulation.

Le résultat de cette comparaison était radical ! Concrètement, il aurait fallu, en cas d'annulation totale classique des quatre accords ayant modifié la convention du 1^{er} janvier 2001, revenir pour l'année 2003 à la convention du 1^{er} janvier 2001 dans son état initial et faire disparaître, en conséquence, tant les hausses de cotisations décidées par les partenaires sociaux que la réduction des périodes d'indemnisation sur lesquels ils s'étaient accordés. Pour la période à compter du 1^{er} janvier 2004, il y aurait eu absence totale de cadre juridique permettant au régime de l'assurance chômage de fonctionner, c'est-à-dire de verser à plus de deux millions de demandeurs d'emploi leurs indemnités de chômage et de percevoir les cotisations. Se seraient ajoutées les difficultés administratives de tirer toutes les conséquences d'une annulation totale classique ou l'impossibilité pour les allocataires de rembourser les contributions leur ayant été indûment versées.

« Au total, on ne peut qu'être frappé, disait le commissaire de gouvernement Deveys dans cette affaire, par le caractère disproportionné des conséquences d'une telle décision d'annulation », qui aurait pu « créer un vide juridique mettant en cause à court terme le fonctionnement du régime d'assurance-chômage ».

Avec la technique de la modulation dans le temps, le Conseil d'État a donc réussi à relever ce défi : assurer un juste équilibre entre les impératifs de sécurité juridique et le respect de la légalité par l'autorité administrative.

La possibilité ouverte par les décisions *Titron* et *AC!* d'organiser dans le temps les effets d'une annulation contentieuse, qui peut d'ailleurs concerner aussi bien des vices de légalité interne¹⁵⁰⁹ que des vices de légalité externe¹⁵¹⁰, a, depuis, été utilisée par le Conseil d'État, notamment à l'occasion de sa décision de Section *France Télécom* en date du 25 février 2005¹⁵¹¹, qui avait prévu que l'annulation de l'article 3 de la décision n° 02-323 de l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) en date du 16 avril 2002 en tant que cet article fixait les tarifs maximaux de l'abonnement mensuel pour la fourniture de l'accès total et de l'accès partagé à la boucle locale ne prendrait effet qu'à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de sa notification à l'ART.

Dans le même esprit, après avoir annulé, pour défaut de consultation préalable du Conseil supérieur de la magistrature (CSM), la nomination d'un avocat général près la Cour de cassation, la Haute juridiction administrative a jugé que, « *eu égard à l'intérêt général qui s'attache à l'autorité des décisions de justice et à la nature du motif d'annulation retenu* », son annulation ne prendrait effet qu'après un délai de trois mois à compter de sa décision¹⁵¹², ou, compte tenu des effets excessifs pour l'ordre public économique d'une annulation immédiate de la décision n° 12-DCC-101 du 23 juillet 2012 de l'Autorité de la concurrence relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par les sociétés Vivendi Universal et Groupe Canal Plus,

¹⁵⁰⁹ CE, Sect., 25 février 2005, *France Télécom*, *Rec.* p. 86, *A.J.D.A.* 2005, p. 997, chron. C. Landais et F. Lenica : censure d'une erreur de droit commise par l'autorité de régulation des télécommunications, dont les effets sont déferés dans le temps pour éviter que s'applique des tarifs incompatibles avec le droit de l'union européenne ; CE, 5 mars 2008, *Sté NRJ 12 et a. et Sté TF1 et a.* *Rec.* p. 79 et 91, *A.J.D.A.* 2008, p. 499, obs., J.-M. Pastor, report dans le temps de l'annulation de décision du CSA en matière de télévision numérique.

¹⁵¹⁰ CE, 16 mai 2008, *Département de Val-de-Marne et a.* req. n° 290416, *A.J.D.A.* 2008, p. 1504, note F. Crouzatier-Durant, *A.J.F.P.* 2008, p. 228, note F. Berguin, transfert des personnels administratifs des collèges et lycées de l'État vers les départements et régions différé dans le temps ; CE, 8 juillet 2009, *Commune de Saint-Dié-des-Vosges*, *Rec.* p. 255, *A.J.D.A.* 2010, p. 398, note M. Touzeil-Divina, report dans le temps de l'annulation du décret qui fixe le siège et le ressort des tribunaux de commerce ; CE, 12 décembre 2007, *M. Sire*, *Rec.* p. 471, *D.* 2008, p. 1457, note P.-O. Caille, *A.J.F.P.* 2008, p. 172, note R. Gueguen, *D. Adm.* 2008, n°26, comm. D. Bailleul ; CE, 12 décembre 2007, *M. Vignard*, req. n° 296818, annulation de la nomination de magistrat différé dans le temps ; CE, Sect., 30 décembre 2010, *Robert*, req. n° 329513, *D. Adm.* 2011, n° 25, comm. F. Melleray.

¹⁵¹¹ *Rec.* p. 86, *A.J.D.A.* 2005, p. 997, chron. C. Landais et F. Lenica.

¹⁵¹² CE, Sect., 30 décembre 2010, *M. Robert*, *A.J.D.A.* 2011, p. 4. Voir également dans ce sens à propos de l'annulation de la nomination d'un magistrat : CE, 12 décembre 2007, *M. Sire*, *A.J.D.A.* 2008, p. 638, concl. Guyomar.

et au regard de l'intérêt général qui s'attachait à la préservation d'une concurrence suffisante, qu'il y avait lieu de différer l'annulation de la décision de l'Autorité de la concurrence jusqu'au 1^{er} juillet 2014¹⁵¹³. Dans une autre espèce encore, toujours dans cette logique de conciliation entre les différents intérêts en présence, le Conseil d'État a décidé, eu égard aux intérêts sportifs et économiques en présence et à l'intérêt général attaché au bon déroulement des compétitions sportives, de différer l'annulation de la délibération du conseil d'administration de la Ligue de football professionnel (LFP) du 23 janvier 2014 en tant qu'elle modifie l'article 100 du règlement administratif de la Ligue de football professionnel jusqu'au 1^{er} octobre 2015 et a, au même temps, considéré comme définitifs les effets produits par cette délibération antérieurement à son annulation¹⁵¹⁴.

Plus remarquable également est la décision Section *Sté Techna* en date du 27 octobre 2006 (A.J.D.A. 2006, p. 2385, chron. Landais et Lenica, R.F.D.A. 2007, p. 265, concl. Sener), dans laquelle le Conseil d'État, tout en ayant mis fin à la suspension prononcée par le juge des référés le 29 octobre 2003 de l'article 4 du décret du 1^{er} août 2003, qui imposait, pour la transposition de la directive n° 2002/2/CE du 28 janvier 2002, la mention, sur l'étiquette des aliments destinés aux animaux d'élevage, des pourcentages en poids de tous les composants, avec une tolérance de plus ou moins 15 % par rapport aux valeurs déclarées, a jugé qu'au nom de l'impératifs de la sécurité juridique sa décision ne prendra effet qu'à compter du 1^{er} février 2007.

Récemment enfin, dans sa décision d'Assemblée *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)* du 19 juillet 2017 (req., n° 370321), le Conseil d'Etat, tout en jugeant contraire au droit de l'Union européenne le décret du 16 mai 2013 modifiant le décret n° 2009-1603 du 18 décembre 2009 relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel, a décidé que sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de sa décision, les effets produits par ce décret sont regardés comme définitifs.

Dans cette affaire, la Haute juridiction administrative a relevé l'hypothèse d'une annulation rétroactive qui aurait pu pour effet de faire revivre rétroactivement les dispositions du décret du 18 décembre 2009, dans sa rédaction antérieure à sa modification par le décret

¹⁵¹³ CE, Ass., 23 décembre 2013, *Sté Métropole télévision et TF1*, Rec. p. 322.

¹⁵¹⁴ CE, 9 juillet 2015, *Football Club les Girondins de Bordeaux*, Rec. p. 239. Voir dans ce sens : CE, 5 octobre 2015, *Association des amis de intermittents et précaires*, A.J.D.A. 2015, p. 1886, J.-M. Pastor. Afin de garantir la continuité du système de l'assurance-chômage, le Conseil d'État a décidé de reporter au 1^{er} mars 2016 l'annulation de l'arrêté ministériel rendant obligatoire la nouvelle convention d'assurance chômage du 14 mai 2014.

attaqué, jusqu'à leur abrogation par le décret du 30 décembre 2015 relatif à la codification de la partie réglementaire du code de l'énergie. Dans cette hypothèse, et selon les données publiées par la Commission de régulation de l'énergie, plus de neuf millions de consommateurs se fournissant en gaz à un tarif réglementé à la date du décret attaqué seraient susceptibles de contester la validité du contrat de fourniture qu'ils ont conclu ou qui a été tacitement reconduit entre le 18 mai 2013, date de l'entrée en vigueur du décret attaqué, et le 31 décembre 2015. Dans ce cas de figure, on imagine ainsi l'incertitude juridique grave qu'aurait fait naître une annulation rétroactive sur la situation contractuelle de plusieurs millions de consommateurs.

B. Une solution dictée par les nouveaux enjeux du litige administratif

Les commentateurs les plus autorisés¹⁵¹⁵ de la décision *AC!* ou encore les récentes thèses¹⁵¹⁶ consacrées au contentieux de l'excès de pouvoir qualifient ce revirement de jurisprudence d'« *évolution attendue* » ou encore de solution « *venue d'ailleurs* »¹⁵¹⁷. Les auteurs concernés attribuent ce changement à l'influence tant du juge international¹⁵¹⁸ que d'une doctrine¹⁵¹⁹ ayant réussi à convaincre le Conseil d'État de la nécessité de revenir sur un principe séculaire, celui de l'annulation rétroactive des actes illégaux. Toutes acceptables qu'elles soient, de telles raisons ne justifient pas à nos yeux, du moins à elles seules, le revirement de jurisprudence opéré dans cette affaire. L'effort accompli en ce sens par le Conseil d'État, nous l'avons déjà vu précédemment, n'est pas nouveau.

En effet, la Haute juridiction administrative s'est depuis longtemps préoccupée des conséquences concrètes de ses décisions¹⁵²⁰. Elle avait déjà auparavant apporté, pour des raisons de sécurité juridiques, des tempéraments à la règle de l'effet rétroactif des décisions d'annulation. C'est ce qu'illustre l'hypothèse traditionnelle du fonctionnaire de fait, dont les actes accomplis antérieurement à l'annulation de sa nomination avaient été considérés comme valables¹⁵²¹ ou celle de l'annulation d'un acte réglementaire jugée comme n'ayant pas eu d'effet sur les décisions individuelles créatrices de droit prises sur son fondement et devenues

¹⁵¹⁵ Voir dans ce sens, *GA.J.A* n° 107, précité : « *Le changement de la perspective par rapport à la jurisprudence traditionnelle trouve également une origine dans la prise en compte des enseignements tirés du droit communautaire et du droit constitutionnel comparé* ».

¹⁵¹⁶ Voir dans ce sens, F. Blanco, thèse précitée, p. 507 et s ; A. Claeys, thèse, précitée, p. 957 et s.

¹⁵¹⁷ O. Dubos, F. Melleray, *La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif*, *D. Adm.*, n° 8, août 2004, étude 15, précitée.

¹⁵¹⁸ Voir dans ce sens les conclusions du commissaire de gouvernement Devys, précité. Ce dernier cite notamment les pays comme l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne ou le Portugal dont le principe général est celui de l'effet *ex tunc* mais les cours constitutionnelles peuvent alors limiter les conséquences de la rétroactivité de la déclaration d'inconstitutionnalité qu'elles prononcent, en déclarant, afin d'éviter des conséquences disproportionnées, le maintien de tout ou partie des effets de la norme annulée.

¹⁵¹⁹ G. Braibant, in, *Questions pour le droit administratif*, *A.J.D.A.*, n° spécial 1995, p. 25 : « *Là encore, je crois qu'une jurisprudence pourrait le décider et s'orienter vers la solution européenne selon laquelle c'est le juge lui-même qui décide dans chaque cas si les effets de l'annulation doivent être rétroactifs ou ne porter que sur l'avenir* » ; D. Labetoulle, *Principe de légalité et principe de sécurité*, in *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 403 et s. ; G. Gourdou, *Les conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par le juge administratif*, thèse Pau, 1996, précité.

¹⁵²⁰ Voir à ce propos la décision *Rodière*, précitée, en date du 26 décembre 1925 qui détaille la façon dont l'administration doit reconstituer la carrière d'un fonctionnaire qu'elle avait illégalement évincé du service.

¹⁵²¹ CE, 2 novembre 1923, *Association des Fonctionnaires de l'Administration Centrale des Postes et Télégraphes et sieur Bousquié*, *Rec.* p. 699.

définitives¹⁵²² ou encore celle de l'annulation d'un concours considéré comme n'ayant pas pour effet de remettre en cause les nominations intervenues à l'issue de ce concours¹⁵²³.

C'est toujours dans le même esprit (mais prise en compte, cette fois-ci, de la nécessité de préserver l'intérêt général) que le Conseil d'État, dans le cadre des mesures d'exécution qu'impose la chose jugée, a par ailleurs refusé d'ordonner la démolition d'un ouvrage public mal planté¹⁵²⁴, la rétrocession d'un bien illégalement préempté¹⁵²⁵, ou de considérer que l'annulation d'un acte détachable d'un contrat impliquait nécessairement la nullité dudit contrat¹⁵²⁶.

Nous pensons, quant à nous, que les correctifs apportés par le Conseil d'État au principe de la disparition rétroactive des actes illégaux ont été dictés ici par les nouveaux enjeux, notamment économiques et sociaux, attachés aujourd'hui à l'intervention du juge de l'excès de pouvoir¹⁵²⁷. Ce revirement de jurisprudence reflète en effet les nombreux domaines nouveaux désormais intégrés dans la sphère du contentieux administratif de l'excès de pouvoir. En ayant étendu et diversifié la sphère de son action, l'administration a transformé avec elle le litige administratif. Aujourd'hui plus que jamais sollicité, pour des litiges dont le caractère impérieux et urgent l'oblige, depuis la réforme des référés (plus particulièrement, le référé-liberté) du 30 juin 2000, à répondre dans les plus brefs délais (quarante-huit heures) aux demandes dont il est saisi, le juge administratif apparaît paradoxalement de plus en plus à l'étroit dans la procédure du recours pour excès de pouvoir créée il y a quasiment un siècle et demi. Les outils initialement mis à sa disposition par cette voie de recours ne sont plus, à nos yeux, adaptés à la réalité actuelle du litige administratif. On ne peut plus aujourd'hui sanctionner à chaque fois toutes les illégalités administratives par un simple retour en arrière, c'est-à-dire par une annulation rétroactive. « *Il ne faut pas se dissimuler que, depuis quelques*

¹⁵²² CE, 1^{er} avril 1960, *Sieur Quériuad*, *Rec.* p. 245.

¹⁵²³ CE, Sect., 10 octobre 1997, *Lugan*, *Rec.* p. 346, précité.

¹⁵²⁴ CE, 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans*, précité.

¹⁵²⁵ CE, 26 février 2003, req. n°231558, *M. et Mme Bour*, *Rec.* p. 59, *A.J.D.A.*, 2003, p. 729, chron. F. Donnat et D. Casas. *BJDU* 2003, p. 106, conclusions P. Fombeur et p. 168, note E. Fatôme, précité ; CE, 31 janvier 2007, *SARL MAIA*, n° 277715, *Constr.urb.* 2007, comm. 106, note G. Godfrin, précité.

¹⁵²⁶ CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, req. n° 248950, *Rec.* p. 501 ; *Contrats Marchés publ.* 2004. Comm. 31, note Piétri, *Dr. adm.* 2004. Comm. 59, note Ménéménis, *A.J.D.A.* 2004, p.394, note Dreyfus, *J.C.P A* 2004, p.79, note Noguellou, *R.F.D.A.* 2004 p.185, note Terneyre.

Voir dans ce sens l'avis rendu par la Section du rapport et des études en date du 25 janvier 1989, *E.D.CE* 1990, n°41, p.127, *CJEG*, 1991, p.122, chron. B. Pacteau ou encore l'avis de la Section du rapport et des études en date du 3 décembre 1997, *A.J.D.A.* 1998 p.169, note Richer.

¹⁵²⁷ Rappelons, en effet, qu'il était question dans l'affaire AC ! du sort de plus de deux millions de chômeurs.

temps, le Conseil d'État se trouve à l'étroit dans les pouvoirs d'annulation que lui confère le recours pour excès de pouvoir », disait déjà en 1909 le Doyen Hauriou dans sa note sous l'arrêt *Daraux*¹⁵²⁸.

La logique de l'excès de pouvoir, qui veut que l'acte annulé disparaisse rétroactivement de l'ordonnement juridique, génère, elle aussi, parfois des excès, ce qui oblige dorénavant le juge administratif à dépasser un juridisme strict dans l'examen de la légalité des décisions administratives et à faire preuve, dans certaines hypothèses, d'une véritable souplesse lorsque des enjeux importants le justifient.

Le réalisme économique, la sécurité juridique, l'intérêt général, nombreux sont en effet les enjeux qui obligent à présent le juge de l'excès de pouvoir à moduler l'étendue de sa censure afin de l'adapter aux besoins du milieu social où elle est exercée, « *pour mieux tenir compte des effets économiques subséquents à ses décisions et des exigences inhérentes au principe de sécurité juridique* »¹⁵²⁹.

Il convient, à cet égard, de rappeler que, dans l'affaire *AC !*, les conséquences de la décision du Conseil d'État concernaient des cotisants et des allocataires se comptant en millions ! C'est dire l'importance voire l'énormité des enjeux économiques et sociaux en cause dans cette affaire¹⁵³⁰.

Une espèce plus parlante encore, cette fois-ci dans le domaine sportif (CE, 9 juillet 2015, *Football Club les Girondins de Bordeaux*, Rec. p. 239, préc.), illustre également les enjeux que doit prendre en considération le juge pour déterminer la suite à donner à sa décision d'annulation. Les requérants s'étaient pourvus contre la délibération du conseil d'administration de la Ligue de football professionnel du 23 janvier 2014 en tant que qu'elle modifiait l'article 100 du règlement administratif de la Ligue et en tant qu'elle autorisait le président de la Ligue à signer une transaction avec l'AS Monaco, ainsi que la décision du président de signer cette transaction. L'annulation immédiate de la délibération du 23 janvier

¹⁵²⁸ CE, 26 juin 1908, *Daraux*, S. 1909, III^e part., p. 129.

¹⁵²⁹ J.-M. Sauvé, *Le droit, une rationalité ouverte et intégratrice*, Intervention lors du Colloque "Logiques et rationalités des politiques publiques" organisé par le Conseil d'État et l'Université Paris-Dauphine le 4 décembre 2015.

¹⁵³⁰ Voir dans ce sens : CE, 5 octobre 2015, *Association des amis de intermittents et précaires*, A.J.D.A. 2015, p. 1886, J.-M. Pastor. Afin de garantir la continuité du système de l'assurance-chômage, le Conseil d'État a décidé de reporter au 1^{er} mars 2016 l'annulation de l'arrêté ministériel rendant obligatoire la nouvelle convention d'assurance chômage du 14 mai 2014.

2014, si on considère une telle option dans son sens plein, aurait eu pour effet de modifier les règles applicables aux championnats de France de Ligue 1 et de Ligue 2 pour la saison 2015-2016, qui devait commencer à brève échéance, sans laisser à la Ligue et aux participants à ces compétitions un délai suffisant pour en tirer les conséquences. De même, le caractère rétroactif de l'annulation de la délibération du 23 janvier 2014 aurait eu pour conséquence de remettre en cause rétroactivement la validité de la participation de l'AS Monaco au championnat de Ligue 1 durant la saison 2014-2015, qui était déjà terminée à la date de la décision du Conseil d'État. De telles conséquences auraient été, dans les circonstances de l'espèce, manifestement excessives. Pour cette raison, et en dépit des illégalités commises, la Haute juridiction administrative a décidé qu'il y avait lieu « *eu égard aux intérêts sportifs et économiques en présence et à l'intérêt général qui s'attach[ait] au bon déroulement des compétitions sportives, de différer l'annulation de la délibération du conseil d'administration de la Ligue de football professionnel jusqu'au 1er octobre 2015* » et que « *sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de la présente décision contre des actes pris sur son fondement, les effets produits par la délibération attaquée antérieurement à son annulation [devraient] être regardés comme définitifs ;* ». Dans une autre espèce encore (CE, 17 juin 2011, Canal +, Rec. p. 296), le Conseil d'État a révélé que l'hypothèse d'une annulation rétroactive de la décision critiquée (décision n° 11 du 17 décembre 2008 de la commission prévue à l'article L. 311-5 du code de la propriété intellectuelle relative à la rémunération pour copie privée) **serait à l'origine des plus graves incertitudes quant à la situation et aux droits des ayants droit comme des entreprises contributrices et pourrait provoquer des demandes de remboursement ou de versements complémentaires dont la généralisation serait susceptible d'affecter profondément la continuité du dispositif prévu par les articles L. 122-5 et L. 311-1 du code de la propriété intellectuelle, problèmes qui s'ajoutaient aux difficultés d'exécution qui porteraient atteinte à l'existence même du système de rémunération du droit de copie privée régi par la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 édictée en application du principe de sécurité juridique reconnu par le droit de l'Union**. Ces contraintes ont nécessité de différer pour une période de 6 mois l'effet d'annulation de la décision attaquée¹⁵³¹. Plus récemment encore, et dans un tout autre domaine (CE, 20 mars 2017, Association de défense des agriculteurs de La Réunion, req. n°395326), le Conseil d'État a relevé que l'hypothèse de l'annulation rétroactive de l'arrêté

¹⁵³¹ Voir dans ce sens : CE, 5 mars 2008, *Sté NRJ 12 et Sté Télévision Française 1*, Rec. p. 79, concl. Olson. Dans cette affaire le Conseil d'État a jugé que « *compte tenu des effets excessifs d'un retour immédiat aux règles de programmation définies dans la convention initiale et des risques qu'il comporterait pour la pérennité du service, il y a lieu de différer l'effet de l'annulation jusqu'au 1^{er} juillet 2008* ».

du ministre chargé de l'Agriculture en date du 4 septembre 2015, qui avait modifié l'arrêté du 29 juillet 2013 du même ministre, relatif à la définition des dangers sanitaires de première et deuxième catégorie pour les espèces animales, ainsi que les dispositions des 1^o, 10^o à 13^o et 16^o à 18^o de l'article 1^{er} de l'arrêté du 1^{er} octobre 2015 ayant modifié les conditions de prévention, de surveillance et de lutte contre la leucose bovine enzootique entraînerait l'application, à l'île de La Réunion, **de la totalité des mesures de prévention, de surveillance et de lutte prévues par l'arrêté du 31 décembre 1990 et notamment celles prévoyant l'abattage systématique des bêtes infectées.** Compte tenu du caractère manifestement excessif de telles conséquences, la Haute juridiction administrative a décidé que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de sa décision, l'annulation des dispositions litigieuses ne produirait ses effets qu'à compter du 1^{er} novembre 2017. On peut ajouter enfin l'hypothèse des autorisations d'urbanisme où, qu'ils soient « *de bonne ou de mauvaise foi, les recours [portés devant le juge administratif dans ce domaine] décalent dans le temps la réalisation des projets, voire les compromettent (...)* L'activité économique s'en trouve ralentie et la production de logements, notamment, freinée d'autant. Or, la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent a été consacré comme objectif de valeur constitutionnelle, dérivé du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation, résultant lui-même du préambule de la Constitution de 1946 auquel renvoie celui de la Constitution de la Ve République (CC, 19 janvier 1995, n^o 94 - 359 DC, Loi relative à la diversité de l'habitat ; pour une réaffirmation récente, voir CC, 30 septembre 2011, n^o 2011 - 169 QPC, Consorts M. et autres) ; c'est un élément qui ne peut pas être ignoré dans la réflexion »¹⁵³².

Les affaires que nous venons d'étudier laissent penser qu'aujourd'hui plus que jamais, le juge de l'excès de pouvoir ne peut plus « *s'enfermer dans une analyse abstraite et indifférente aux enjeux [notamment] économiques et financiers des décisions qu'il contrôle. Il doit non seulement les comprendre, mais aussi déterminer in concreto leur place dans l'équilibre parfois subtil entre les différentes composantes de l'intérêt général protégées par la loi, telles que la concurrence, mais aussi la protection des consommateurs, la garantie d'un*

¹⁵³² Construction et droit au recours : pour un meilleur équilibre, Rapport du groupe de travail créé par lettre du 11 février 2013 de Madame Cécile Duflot, ministre de l'Égalité des territoires et du Logement, 25 avril 2013, p. 4.

service universel accessible à tous, l'égalité d'accès aux services, le progrès scientifique et technique et, bien sûr, la protection des libertés fondamentales. »¹⁵³³.

La sanction de l'excès de pouvoir ne peut donc plus être ramassée dans des formules, quelque peu simplistes, volontiers citées : « *l'acte annulé pour excès de pouvoir est censé n'avoir jamais existé* »¹⁵³⁴ ou « *n'être jamais intervenu* »¹⁵³⁵. Si, autrefois, l'on demandait au Conseil d'État de dire seulement le droit et si l'on exigeait de lui -au nom du principe de l'*ultra petita* ou de celui de la séparation entre la fonction de juger et de celle d'administrer- de ne faire que cela, on lui rappelait, s'il voulait faire autre chose, ses origines administratives et on n'hésitait pas à mettre en cause sa partialité, voire à le qualifier d'administrateur, comme pour lui imposer de s'autocritiquer ! Dorénavant, à ce rôle traditionnel de contrôle du respect de la légalité par l'autorité administrative, le juge administratif se doit d'intégrer une nouvelle mission, celle de « *veiller à "l'après-jugement"* »¹⁵³⁶, pour éventuellement parer, comme le faisait avant lui le législateur par la technique des validations législatives, aux effets indésirables des annulations contentieuses¹⁵³⁷.

¹⁵³³ J.-M. Sauvé, *Le droit de la régulation économique, Colloque organisé par l'Association des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne (ACA-Europe)*, le lundi 16 juin 2014.

¹⁵³⁴ CE, 10 janvier 2007, *SCP médecins Reichfeld et Sturtzer*, req. n° 262964, précité.

¹⁵³⁵ CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, précité.

¹⁵³⁶ Terme utilisé par C. Landais, F. Lenica, *La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir A.J.D.A 2004*, p.1183.

¹⁵³⁷ Voir dans ce sens, B. Mathieu, *Le juge et la sécurité juridique : vue du Palais-Royal et du quai de l'Horloge*, D. 2004, p. 1603.

Section 2.

La motivation à valeur de « guide impératif » ou l'injonction adressée sous forme d'annulation

Dévoiler le résultat de son contrôle, en déclarant annulée la décision mise en cause, peut parfois se révéler insuffisant pour que le litige administratif s'apaise. En effet, l'administration peut éprouver, dans certaines espèces, le besoin que le juge lui indique davantage, et d'une façon concrète, la marche à suivre pour se conformer à la légalité.

Dans cette hypothèse, il apparaît nécessaire « *d'envisager une intervention plus active du juge administratif dans l'exécution de sa décision* »¹⁵³⁸ et de concevoir son rôle d'une manière plus concrète, en ce sens qu'il ne doit plus se borner à remplir d'une façon abstraite la simple mission de contrôle de la légalité, mais qu'il doit également exercer « *dans une large mesure une véritable direction de l'activité administrative* »¹⁵³⁹, en s'efforçant d'inclure dans les motivations de son jugement des énoncés « *qui doivent guider et limiter l'activité des autorités administratives* »¹⁵⁴⁰ de telle sorte que ses jugements soient aisément respectés et effectivement exécutés.

¹⁵³⁸ G. Braibant, *Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir*, E.D.CE, 1961, p. 65.

¹⁵³⁹ J. Spach, thèse précitée, p. 23.

¹⁵⁴⁰ Idem.

§1. Le jugement d'annulation indiquant les devoirs de l'administration

Sans déborder la sphère de son office, le juge de l'excès de pouvoir peut décider d'élaborer, lorsque la préoccupation d'une bonne justice le justifie¹⁵⁴¹, un véritable guide de l'exécution de son jugement d'annulation, afin d'éclairer l'administration sur la marche à suivre pour rétablir la légalité méconnue par elle. Le juge de l'excès de pouvoir se comporte dès lors « *un peu dans ce cas comme une autorité de tutelle adressant des instructions officieuses aux organes qu'elle contrôle pour les guider dans leur activité* »¹⁵⁴².

Ainsi, par un dispositif, renvoyant aux obligations énoncées dans les motifs, le juge précise d'une façon concrète en quoi consiste l'exécution du jugement d'annulation, c'est-à-dire « *quels sont les actes que l'arrêt d'annulation interdit à l'administration de faire et quels sont ceux qu'il l'oblige à prendre* », et « *quels sont les mesures et devoirs d'exécution qui s'imposent à la puissance publique en contrepartie des avantages que retire le requérant de sa victoire* »¹⁵⁴³. Une telle attitude du Conseil d'État n'est évidemment pas nouvelle. Dès l'arrêt *Rodière* du 26 décembre 1925¹⁵⁴⁴, la Haute juridiction administrative avait précisé, par un exposé explicite dans les motifs de sa décision, ce que l'administration aurait dû faire et, par la même occasion, ce qu'il lui incombait de faire¹⁵⁴⁵ pour tirer les conséquences de l'annulation d'une éviction irrégulière d'un agent public¹⁵⁴⁶.

¹⁵⁴¹ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} édition, précité, n° 1105.

¹⁵⁴² J. Chevalier, *L'interdiction pour le juge de faire acte d'administrateur*, A.J.D.A 1972, p. 67, s. p. 82.

¹⁵⁴³ Spach, thèse précitée, p. 7.

¹⁵⁴⁴ Précité. Voir avant cet arrêt : CE, 7 janvier 1905, *Warnier* ; CE, 20 janvier 1905, *D'Uston de Villeréglan*.

¹⁵⁴⁵ Voir, dans ce sens, R. Odent, *Contentieux administratif, réédition Dalloz*, 2009, T. 1, précité, p. 1018.

¹⁵⁴⁶ « *Considérant...qu'à la suite de décisions prononçant l'annulation de nominations, promotions, mises à la retraite, révocations de fonctionnaires, l'Administration qui, pendant toute la durée de l'instruction du pourvoi a pu accorder des avancements successifs aux fonctionnaires irrégulièrement nommés, ou a pourvu au remplacement des agents irrégulièrement privés de leur emploi, doit pouvoir réviser la situation de ces fonctionnaires et agents pour la période qui a suivi les actes annulés. Qu'elle est tenue de restituer l'avancement à l'ancienneté dans les conditions prévues par les règlements ; que, pour l'avancement au choix, elle doit pouvoir procurer aux intéressés, en remplacement d'avancements entachés d'illégalité, un avancement compatible tant avec la chose jugée par le conseil qu'avec les autres droits individuels ; qu'il incombe en effet au ministre de rechercher les moyens d'assurer à chaque fonctionnaire placé sous son autorité la continuité de sa carrière avec le développement normal qu'elle comporte et les chances d'avancement sur lesquelles, dans ses rapports avec les autres fonctionnaires, il peut légitimement compter d'après la réglementation en vigueur ; qu'il appartient à l'Administration de procéder à un examen d'ensemble de la situation du personnel touché, directement ou indirectement, par l'arrêt du Conseil d'État, et de prononcer dans les formes régulières et sous le contrôle dudit conseil, statuant au contentieux, tous reclassements utiles pour reconstituer la carrière du fonctionnaire dans les conditions où elle peut être réputée avoir dû normalement se poursuivre si aucune irrégularité n'avait été commise. Que si les intéressés qui peuvent prétendre à une compensation pour les pertes de leur avancement au choix, ne sont pas en droit d'exiger que cette compensation leur soit donnée par voie de mesure de reclassement, c'est pour le ministre une faculté dont il peut légitimement user pour le bien du service* ». Voir également dans ce sens : CE, Sect., 13 juillet 1965, *Merkling*, Rec. p. 424 ; CE, 8 juin 1990, *Mme*

Toujours dans le domaine de la fonction publique, le Conseil d'État, dans une affaire similaire à l'espèce *Rodière*, avait indiqué la marche à suivre pour réinstaller un agent public irrégulièrement évincé du service, à savoir que celui-ci devait être réintégré « *dans le même emploi à la date où il en avait été illégalement privé [et qu'à] défaut de poste vacant audit tribunal lors de la réintégration ..., il incombait à l'autorité compétente de provoquer cette vacance en rapportant le décret qui avait désigné le successeur du requérant* »¹⁵⁴⁷.

Dans d'autres espèces au contraire, le Conseil d'État avait précisé que, « *eu égard à la nature des fonctions exercées par le requérant, l'annulation de son dégageant des cadres n'entraîne pas pour l'administration, l'obligation de le réintégrer dans le poste même qu'il occupait auparavant* »¹⁵⁴⁸, ou encore « *qu'un fonctionnaire ayant fait l'objet d'une mesure d'éviction annulée par la juridiction administrative ne peut, en principe, prétendre, en exécution de la décision d'annulation, qu'à un emploi de son grade dans son cadre mais non à sa réintégration dans l'emploi même qu'il occupait* »¹⁵⁴⁹. Cet emploi devait être « *identique* »¹⁵⁵⁰ ou, à défaut, « *équivalent* »¹⁵⁵¹ à celui qu'il avait occupé avant son éviction du service.

Cependant, ce n'est qu'avec la consécration officielle par le législateur, en 1995, du pouvoir d'injonction du juge administratif que cette pratique a trouvé tout son sens. En effet, les mesures à prendre – exposées de manière explicite – pour l'exécution de la chose jugée, qui étaient autrefois assimilées à des « *conseils juridiques* »¹⁵⁵² donnés à l'autorité administrative, sont devenues désormais de véritables injonctions adressées sous forme d'annulation¹⁵⁵³.

Lassot, req. n° 86027 ; CE, 24 janvier 1990, *Mattie*, D.A 1990, n° 357 ; TA Strasbourg 9 juillet 1998, *Huillères du bassin de Lorraine et préfet de la Moselle c/ ville de Porcellette*, L.P.A. 30 juillet 1999, p. 26 note J. Thévenot.

¹⁵⁴⁷ CE, Ass., 27 mai 1949, *Véron-Réville*, Rec. p. 246, Gaz. Pal. 1949.2.34, concl. R. Odent, S. 1949.3.81, note Delpech, D. 1950. 95, note Rolland, R.A 1949. 372, note Liet-Veaux, précité.

¹⁵⁴⁸ CE, 3 janvier 1958, *Dejean*, Rec. p. 3 ; 20 avril 1960, *Lescaud*, Rec., p. 260 ; CE, 21 janvier 1972, *Dufournet*, A.J.D.A. 1972, p. 591 ; CE, 11 janvier 1985, *Lebras*, D.A 1985, n° 93, précité.

¹⁵⁴⁹ CE, Sect., 16 octobre 1959, *Guille*, Rec. p. 316.

¹⁵⁵⁰ CE, 10 novembre 1967, *Rabdeau*, Rec. p. 424 ; CE, 25 juin 1976, *Guillard*, Rec. p. 391.

¹⁵⁵¹ CE, 10 janvier 1969, *Jarry*, Rec. p. 872. Voir dans ce sens R. Chapus, *Droit administratif général*, T. 2 précité, n° 272.

¹⁵⁵² P. Weil, thèse précité, p. 171.

¹⁵⁵³ Nous avons emprunté cette expression à M. Kellershohn, *Des effets de l'annulation pour excès de pouvoir*, thèse précité, p. 185.

Exercée sans formalisme, c'est-à-dire sans nécessiter une demande du justiciable et sans obligation pour le juge de satisfaire une éventuelle demande en ce sens¹⁵⁵⁴, cette pratique a été utilisée pour la première fois à l'occasion d'un arrêt de Section *Sté Toulouse Football Club* en date du 25 juin 2001¹⁵⁵⁵, qui a exposé de façon détaillée dans les motifs auxquels renvoyait le dispositif les obligations qui pesaient sur l'administration suite à l'annulation de sa décision. Saisi dans cette affaire d'une demande en annulation pour excès de pouvoir de la décision de la commission d'organisation des compétitions de la Ligue nationale de football en date du 22 mai 2001 ayant homologué les résultats du championnat de France professionnel de football de première division pour la saison 2000-2001, le Conseil d'État, après avoir déclaré fondée la demande de la société requérante, a, dans les motifs de sa décision, appelé la commission à procéder à une nouvelle homologation du classement final du championnat, en appliquant, pour la rencontre du 2 décembre 2000 la sanction prévue à l'article 187 des règlements généraux, à savoir le retrait de trois points à l'Association sportive de Saint-Etienne et l'attribution du même nombre de points au Toulouse Football club . Et « *il lui [appartenait] le cas échéant* », a ajouté l'arrêt, « *d'infliger la même sanction pour tout autre match dont les résultats n'auraient pas encore été définitivement homologués en raison d'une contestation recevable et encore pendante et pour lequel l'une des infractions mentionnées à l'article 187 aurait été constatée* ». Dans une espèce du 29 juin 2001, *Vassilikiotis*¹⁵⁵⁶, le Conseil d'État a également fourni dans les motifs de sa décision, qui en constituaient le soutien nécessaire, des indications précises à l'administration (ministre de la Culture et de la Communication, et secrétaire d'État au Tourisme) quant aux mesures d'exécutions qu'implique l'annulation de son acte. Dans cette affaire, le requérant avait demandé l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté interministériel du 15 avril 1999 ayant fixé les conditions de délivrance et de retrait de la carte professionnelle des personnels qualifiés pour conduire des visites dans les musées et monuments historiques. Ayant fait droit à la demande du requérant, l'arrêt s'exprima ainsi : « *Considérant, d'une part, que la présente décision a nécessairement pour conséquence que les autorités compétentes sont tenues de prendre, dans un délai raisonnable, les mesures prévues par le décret du 15 juin 1994 modifié pour l'attribution des cartes professionnelles aux ressortissants communautaires qui ne possèdent pas un titre ou diplôme français ; qu'il leur incombe, notamment, de prévoir un système d'équivalence ou de déterminer les conditions permettant, conformément aux*

¹⁵⁵⁴ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} édition, précité, n° 1105.

¹⁵⁵⁵ Rec. p. 281, *L.P.A.* 28 septembre 2001, concl., I. de Silva.

¹⁵⁵⁶ Rec. p. 303, concl. F. Lamy, *A.J.D.A.* 2001, p. 1046, obs. M. Guyomar et P. Collin, précité.

*exigences des règles du droit communautaire relatives à la liberté de prestation de services, de s'assurer que les titres ou diplômes délivrés dans d'autres États membres présentent des garanties équivalentes à celles exigées par le droit national français » et l'arrêt d'ajouter « d'autre part, que, dans l'attente que cette réglementation complémentaire soit édictée, l'annulation prononcée par la présente décision a nécessairement pour effet d'interdire aux autorités nationales d'empêcher l'exercice, par un ressortissant communautaire, de la profession de guide dans les musées et monuments historiques au motif qu'il ne posséderait pas les titres et diplômes requis par le décret du 15 juin 1994 et l'arrêté du 15 avril 1999 ; qu'il appartient aux autorités compétentes, jusqu'à ce que l'arrêté du 15 avril 1999 ait été complété dans les conditions exposées ci-dessus, de délivrer aux ressortissants communautaires qui en font la demande, une carte professionnelle, en décidant, au cas par cas, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les titres et les diplômes présentés peuvent être considérés comme offrant, du point de vue des intérêts généraux que l'article 13 de la loi du 13 juillet 1992 a pour objet de sauvegarder, des garanties équivalentes à celles qui résultent de la possession des titres et diplômes français ». Enfin, dans un tout autre domaine, le Conseil d'État, dans sa décision *Titran* du 27 juillet 2001¹⁵⁵⁷ évoquée précédemment, a laissé au Garde des Sceaux le choix, à exercer dans un délai de deux mois, soit de compléter les arrêtés contestés en prévoyant, conformément à l'avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés du 20 mai 1986, le délai maximal de conservation des données relatives aux procédures pénales, les modalités de mise à jour des informations à la suite des mesures d'amnistie, de réhabilitation et de grâce, ainsi que le délai de conservation des autres informations, soit de prendre un décret, sur avis conforme du Conseil d'État, permettant de passer outre aux réserves émises par la Commission¹⁵⁵⁸.*

Dans ces trois espèces, on constate que le Conseil d'État a exposé d'une façon explicite les obligations résultant pour l'administration de l'arrêt d'annulation. Une telle démarche tranche incontestablement avec le caractère habituellement laconique, « *souvent*

¹⁵⁵⁷ *Rec. p. 411, A.J.D.A. 2001, p. 1046, chron. M. Guyomar et P. Collin.*

¹⁵⁵⁸ Voir dans ce sens : CE, 5 mars 2003, *Titran*, *Rec. p. 114, A.J.D.A. 2003, p. 1008, note S. Damarey.* Dans cette affaire le Conseil d'État avait indiqué aux autorités compétentes les obligations qui devaient nécessairement découler de l'annulation qu'il avait prononcée, à savoir, pour le garde des sceaux, ministre de la justice, « *de prendre, dans un délai raisonnable, un arrêté modifiant les arrêtés du 18 juin 1986 et du 13 avril 1993 afin de prévoir les conditions et les limites dans lesquelles les fichiers institués par ces textes devront être mis à jour pour tenir compte des amnisties et réhabilitations* ». L'arrêt ajoute « *qu'il lui incombe de prévoir explicitement que cette modification devra consister en l'effacement de toutes les mentions de nature à rappeler l'existence des condamnations, sanctions, interdictions, déchéances ou incapacités et que ne pourra subsister dans le fichier que la référence à la loi d'amnistie ou à la décision portant réhabilitation* ».

souligné et fustigé par la doctrine »¹⁵⁵⁹, et qui a persisté longuement des décisions de la Haute juridiction administrative, traditionnellement peu habituée à exposer de façon détaillée les motifs de sa décision. Vue de loin pas juridique, cette initiative du juge de l'excès de pouvoir pouvait être assimilée à un recueil de simples conseils éclairant l'administration sur les conséquences à tirer de la chose jugée. Toutefois, à lire attentivement le dispositif, qui indiquait clairement que l'annulation prononcée comportait pour l'administration les obligations énoncées dans les motifs de la décision – les motifs et le dispositif étaient ici liés par un lien qui les rendait indissociables –, on constate qu'en s'exprimant ainsi, le Conseil d'État n'a fait qu'enjoindre à l'administration, sous forme d'annulation, de mettre en œuvre les conséquences de droit qu'imposait la chose jugée. Les énoncés des motifs ont « *un effet contraignant d'une force égale à celle des injonctions les plus formalisées* »¹⁵⁶⁰.

Sans nul doute, la consécration par le législateur du pouvoir d'injonction au juge administratif a fortement encouragé la Haute juridiction administrative à franchir ce nouveau pas vers un rétablissement effectif de la légalité, en imposant d'une façon assez subtile (le juge n'ordonne pas mais affirme que ses recommandations sont obligatoires !) à l'administration la conduite à tenir pour se conformer à la chose jugée. C'est un procédé « *d'une ingénieuse diplomatie, qui tend à exercer une pression discrète, mais énergique sur l'administration en vue de l'amener à ses fins* », pour reprendre les termes d'Achille Mestre dans son étude sur « *Les refus des permissions de voirie* »¹⁵⁶¹.

Dans l'affaire *Vassilikiotis*, le Conseil d'État a jugé en ces termes « *L'arrêté du 15 avril 1999 du ministre de l'Intérieur, du ministre de la Culture et de la Communication et du secrétaire d'État au Tourisme est annulé en tant qu'il ne prévoit pas les conditions d'attribution de la carte professionnelle des personnels qualifiés pour conduire des visites dans les musées et monuments historiques aux personnes titulaires de diplômes d'autres États membres de l'Union européenne. Cette annulation comporte pour l'État, les obligations énoncées aux motifs de la présente décision* ». À lire ce dispositif, il est quasiment impossible de ne pas sous-entendre qu'il s'agisse ici d'une véritable injonction adressée sous forme d'annulation. En effet, le dispositif était ici indissociable des motifs, lesquels faisaient partie intégrante du jugement d'annulation. D'ailleurs, le Conseil d'État a pris le soin de préciser

¹⁵⁵⁹ F. Blanco, *Le Conseil d'État, juge pédagogue*, *RRJ* 2003, p. 1514, s. p. 1514.

¹⁵⁶⁰ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} édition, précité, p. 1105.

¹⁵⁶¹ *Revue des concessions départementales et communales* 1924, p. 113, s. p. 138.

que les motifs de sa décision en constituent le soutien nécessaire : en conséquence, « *les autorités compétentes sont tenues de prendre, dans un délai raisonnable, les mesures...* ».

De ce fait, et en raison de ce lien d'interdépendance qui s'est créé entre le dispositif et les motifs, on peut à juste titre affirmer qu'il s'agissait bien d'une véritable injonction sous forme d'annulation.

Cependant, contrairement aux formules habituelles d'injonction utilisées en application de la loi de 1995, le Conseil d'État n'a rien ordonné formellement ici. Dans le dispositif de son arrêt, il n'a pas enjoint au ministre et au secrétaire d'État de prendre telle ou telle mesure pour se conformer à la chose jugée. Il a seulement donné des indications aux autorités administratives concernées.

Ainsi, sa démarche peut être assimilée à une sorte de guide à l'exécution à « *finalité pédagogique* »¹⁵⁶², car « *il s'agit moins en effet de lutter [dans ces hypothèses] contre l'inertie ou, pire encore, contre les réticences administratives que d'explicitier de manière anticipée les conséquences à tirer d'une annulation contentieuse* »¹⁵⁶³.

Toutefois ce guide reste contraignant malgré lui ! Et c'est là toute la nuance ! Car les arrêts du Conseil d'État disent bien que « *La présente décision a nécessairement pour conséquence* » (arrêt *Vassilikiotis*), qu'« *il y a lieu de décider que le garde des sceaux disposera d'un délai de deux mois à compter de la notification de la présente décision pour, selon son choix...* » (arrêt *Titran*), que « *la présente décision a nécessairement pour conséquence qu'appelée à se prononcer de nouveau sur l'homologation du classement final dudit championnat, la commission d'organisation des compétitions de la Ligue nationale de football applique ...* » (arrêt *Sté Toulouse Football Club*) et à chaque fois la Haute juridiction administrative rappelle que son « *annulation comporte ... les obligations énoncées aux motifs* » sa décision.

¹⁵⁶² J.M. Sauvé, *Perspectives sur la justice administrative, Audience solennelle de rentrée de la cour administrative d'appel et du tribunal administratif de Versailles*, 6 octobre 2014 ; F. Blanco, *Le conseil d'État, juge pédagogue, (à propos des arrêts Société à objet sportif « Toulouse Football Club » (C.E., Section, 25 juin 2001), Vassilikiotis (C.E., Assemblée, 29 juin 2001) et Titran (C.E., 27 juillet 2001) », R.R.J. 2003-2, p.1513.*

¹⁵⁶³ *Idem.*

S'agit-il dans ces affaires d'une véritable injonction adressée en dehors des hypothèses permises par la loi de 1995 ? Comme à son habitude, le Conseil d'État s'est muré dans son silence en laissant à chacun, notamment aux commentateurs de ses décisions, la liberté de se son propre opinion sur le sujet ! Ainsi, certains voyaient dans cette pratique un « *envol de la jurisprudence* »¹⁵⁶⁴, d'autres sont allés même jusqu'à prédire « *le retour du juge administrateur* »¹⁵⁶⁵. Nous nous contenterons, quant à nous, d'affirmer que l'injonction est inhérente à l'acte juridictionnel lui-même, en ce sens que, s'agissant du contentieux de l'excès de pouvoir, « *toute annulation contient une injonction* »¹⁵⁶⁶ soit de faire (en cas d'abstention illégale), soit de s'abstenir de faire (en cas d'action illégale).

Nous estimons également que la solution retenue dans les trois espèces *Sté Toulouse Football Club, Vallisikiosis et Titran* peut être assimilée à la technique dite du « *renvoi pour faire ce que de droit* »¹⁵⁶⁷, souvent assimilée à une injonction déguisée¹⁵⁶⁸.

¹⁵⁶⁴ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} édition précité, p. 961

¹⁵⁶⁵ C. Broyelle, *De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur*, D.A., mars 2004, chronique 6, p. 8, précité.

¹⁵⁶⁶ M. Kellershohn, *Des effets de l'annulation pour excès de pouvoir*, thèse, précité, p. 128.

¹⁵⁶⁷ CE, 12 mai 1950, *Lhomme*, Rec. p. 284 ; CE, 13 février 1959, *Dlle Femand*, Rec. p. 112 ; CE, 14 octobre 1960, Guichon, p. 539.

¹⁵⁶⁸ J. Chevalier, *L'interdiction pour le juge de faire acte d'administrateur*, A.J.D.A. 1972, p. 67, s. p. 82.

§2. Une pratique inspirée par une approche « finaliste » du recours pour excès de pouvoir

Le choix du juge d'indiquer d'une façon circonstanciée les mesures nécessaires au respect de la chose jugée correspond, à nos yeux, à une conception « finaliste »¹⁵⁶⁹ du recours pour excès de pouvoir, en ce sens que celui-ci ne remplira véritablement son rôle que dans la mesure où il parviendra à remettre rétablir l'état de droit antérieur à la décision censurée. C'est une fois cet état de droit antérieur retrouvé que le recours pour excès de pouvoir épuise véritablement tous ses effets. Son « utilité réelle » dépendra, ainsi, « des conséquences juridiques qui s'attachent aux annulations contentieuses et de la suite qui leur est donnée en pratique »¹⁵⁷⁰. L'exécution d'un jugement ou d'un arrêt a même été considérée par la Cour européenne des droits de l'homme comme faisant partie intégrante du « procès » au sens de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, et ce, même en matière administrative¹⁵⁷¹. Le requérant doit dès lors obtenir de l'administration non seulement la disparition de l'acte qu'il critique, mais également et surtout la levée de ses effets.

Considérée sous cet aspect, la décision d'annulation pour excès de pouvoir apparaît non pas comme « une fin en soi, mais [comme] un moyen au service d'un but : le rétablissement de la légalité »¹⁵⁷² méconnue par l'autorité administrative. Pour atteindre ce but, le juge, ayant déclaré illégale la décision critiquée, n'hésite plus désormais à énoncer clairement dans son jugement d'annulation les obligations de l'administration pour rétablir la légalité par elle méconnue. Ce faisant, il permet ainsi à l'administration de comprendre aisément, grâce à des motifs et à un dispositif à la fois incitatifs et éclairants, le sens et la portée réels de sa censure.

Force est de constater en effet que, loin de l'idée d'une mauvaise volonté, le rétablissement de situations déjà anciennes, qu'impose une annulation rétroactive peut s'avérer une tâche très complexe voire insurmontable pour l'administration, car, entre le moment de la saisine du juge de l'excès de pouvoir et le moment où intervient sa décision, il

¹⁵⁶⁹ L'approche finaliste l'idée correspond ici à l'idée selon laquelle, le recours pour excès de pouvoir doit remplir une fonction précise : celle de rétablir effectivement la légalité méconnue par l'autorité administrative.

¹⁵⁷⁰ G. Braibant, *Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir*, E.D.CE, 1961, précité, p. 53.

¹⁵⁷¹ CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*, req. n° 18357/91, A.J.D.A. 1997, p.977, chron. J.-F. Flauss ; D. 1998, p. 74, note N. Fricero, RTD civ. 1997, p.1009, obs. J.-P. Marguénaud.

¹⁵⁷² Idem.

s'écoule un délai parfois trop long, alors que l'acte administratif –exécutoire- épuise souvent tous ses effets dès le commencement de son application¹⁵⁷³.

Tel est le cas, par d'exemple, dans l'hypothèse de la reconstitution d'une carrière, qu'impose le respect de la chose jugée, alors que la grande variété des situations des agents publics peut placer l'administration face à un vrai dilemme. En effet, durant la période de son éviction, l'intéressé ne peut pas bénéficier de l'avancement de carrière qu'il devrait avoir, tandis que les collègues appelés à remplacer bénéficient d'une nomination à son poste. Le jour où il obtient l'annulation de son éviction, l'administration doit, en application de la fiction logique de la rétroactivité, le réintégrer dans un emploi de son grade qu'il occupait avant son éviction du service, et l'insérer à nouveau dans la hiérarchie, pour reprendre ainsi automatiquement « *le rang, la classe et les attributs qu'il occupait avant l'intervention* »¹⁵⁷⁴ de son éviction irrégulière. L'agent « *recupère le grade, le poste et l'échelon qu'il possédait avant d'avoir été atteint par l'illégalité* »¹⁵⁷⁵, ce qui ne va pas sans remettre en cause en cause la position des autres fonctionnaires.

On comprend dans ces conditions que le Conseil d'État vienne au secours de l'administration, comme ce fût le cas dans les affaires *Rodière*, *Sté Toulouse Football Club*, *Vassilikiotis* et *Titran*, précédemment étudiées, en lui indiquant –de façon concrète, pour chaque espèce –la conduite à tenir afin de tirer les conséquences de ses arrêts d'annulation. Ainsi, une fois la décision litigieuse annulée, le juge de l'excès de pouvoir va indiquer dans le dispositif de son jugement que l'annulation qu'il a prononcée comporte, pour l'administration, les obligations énoncées dans les motifs de sa décision.

Par une motivation plus directive, le juge va préciser concrètement les conséquences attendues de son jugement d'annulation, en mettant l'auteur de la décision censurée en présence de ses responsabilités, tout en lui facilitant la tâche¹⁵⁷⁶. Cela permettra à l'autorité administrative de prendre une nouvelle décision, régulière cette fois-ci, et de ce fait insusceptible d'encourir une nouvelle annulation qui serait alors fondée sur la violation de la chose jugée.

¹⁵⁷³ A. Mestre, *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'administration*, thèse précitée, p. 26.

¹⁵⁷⁴ J. Spach, *Les suites de l'annulation d'une nomination, promotion, révocation ou mise à la retraite*, thèse, précitée, p. 173.

¹⁵⁷⁵ Idem.

¹⁵⁷⁶ J. Rivero, *Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits*, in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Paris, Sirey, 1963, T. 2, précité, p. 831.

L'attitude du juge de l'excès de pouvoir est ici d'« *une grosse importance psychologique* »¹⁵⁷⁷, en ce sens qu'il va mettre l'administration « *ouvertement et clairement en face de son devoir, sans possibilité pour elle de se dérober à son énoncé précis* »¹⁵⁷⁸. Cette dernière connaîtra exactement la conduite à tenir pour réparer ses erreurs.

Cela dit, « *il est permis de penser, avec le Professeur Rivero, qu'une décision de justice précise, positive, impérative, disant clairement ce qui doit être fait, couperait court à bien des dérobades que facilite, au contraire, le caractère purement négatif de l'annulation ; plus la décision est claire, plus la désobéissance devient psychologiquement difficile. Il n'est même pas certain que nombre d'administrateurs ne se sentiraient point soulagés par une injonction ferme et des directives précises, qui dégageraient d'autant leurs responsabilités et leur épargneraient tout effort d'initiative* »¹⁵⁷⁹.

Ici et contrairement à ce qu'on a pu écrire¹⁵⁸⁰, le juge de l'excès de pouvoir ne dépasse aucunement le cadre habituel de ses attributions de juge de la légalité pour se comporter en administrateur, et n'excède nullement les conclusions de la requête pour statuer *ultra petita*¹⁵⁸¹. En effet, il nous semble logique, car cela fait partie intégrante du jugement de l'excès de pouvoir, que le juge administratif puisse dégager, dans les motifs de sa décision, les conséquences qu'impose sa décision.

Par ailleurs, en expliquant à l'administration les conséquences qu'elle doit tirer de l'arrêt d'annulation et en l'incitant à agir dans un sens déterminé, le juge ne s'adresse pas, en réalité, qu'aux seules parties qui l'ont saisi, mais également, d'une façon indirecte, « *au parlement et au gouvernement, aux autres juges, à la communauté juridique dans son ensemble et aux opinions publiques* ». De ce fait, « *il lui ...appartient de rendre compte, face*

¹⁵⁷⁷ J. Allier, *De l'obéissance due par l'administration active à la chose jugée par la juridiction administrative*, thèse, 1923, p. 58, précitée.

¹⁵⁷⁸ Idem.

¹⁵⁷⁹ J. Rivero, *Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits*, in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, précité, p. 830.

¹⁵⁸⁰ Voir dans ce sens, par exemple R. Chapus : « *Il n'est très pas étonnant que le développement de la pratique de l'injonction d'exécution de la chose jugée ait incité le Conseil d'État, sensible d'une part au besoin général d'efficacité de l'intervention des juridictions, à reconnaître au juge un pouvoir d'injonction prenant le relais de celui qui procède de la loi au-delà des limites de son domaine d'application et qui contribue à manifester que le juge administratif est ce qu'il doit être : un administrateur* », *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 1105 ; C. Broyelle, *De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur*, *D. Adm.* n° 3, mars 2004, chron. 6.

¹⁵⁸¹ Voir à ce propos C. Broyelle, *De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur*, *D. Adm.* n° 3, mars 2004, chron. 6, précité : « *Cette pratique déroge singulièrement à l'interdiction de statuer ultra petita, et tranche avec la traditionnelle auto-limitation du juge...* ».

à ce vaste auditoire, de ce qu'il [fait] et [décide]. C'est un aspect de la responsabilité qui [lui] incombe et une contrepartie du pouvoir qui [lui] est confié. La motivation des décisions de justice est de fait un exercice de justification auprès des autorités publiques contrôlées comme des citoyens »¹⁵⁸². C'est un louable « effort de pédagogie »¹⁵⁸³.

C'est dans cette conception à « *finalité pédagogique* », qu'il faudra désormais envisager le recours pour excès de pouvoir, car, en réalité, toutes les parties gagnent à voir le juge développer davantage le contenu des obligations résultant de son jugement d'annulation : « *les particuliers y gagnent de voir proclamer leurs droits et d'épargner souvent de nouveaux recours, en annulation ou en responsabilité, pour inexécution de la chose jugée. Quant à l'administration, elle évite de commettre des erreurs et sait exactement à quoi à s'en tenir* »¹⁵⁸⁴.

Pour le juge enfin, cela lui permet de mesurer concrètement les effets de sa censure pour éventuellement nous l'avons vu précédemment, prévoir des palliatifs à la portée rétroactive de sa décision d'annulation.

¹⁵⁸² J.-M. Sauvé, *L'étendue et les limites du pouvoir du juge, Colloque européen sur le juge et la politique, vendredi 31 octobre 2014.*

¹⁵⁸³ *Idem.*

¹⁵⁸⁴ P. Weil, thèse précitée, p. 173.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

L'objet de cette seconde partie a été de cerner le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir sous l'angle de la finalité de l'intervention du juge administratif, en ce sens que ce dernier ne peut véritablement remplir son rôle que dans la mesure où il parvient à rétablir efficacement la légalité méconnue. Cette recherche d'efficacité, nous l'avons, examinée dans les deux étapes de la procédure administrative contentieuse. D'abord, dans la phase introductive d'instance, où l'efficacité du contrôle juridictionnel se mesure, par exemple, à travers la capacité à garantir un accès facile au prétoire, et cela en évitant de paralyser injustement l'activité administrative ; à ce titre, le juge n'hésite pas à prendre une part très active dans l'examen de la recevabilité de la demande en annulation dont il est saisi. Ensuite, au stage du jugement au fond du litige, où le juge nous est apparu comme refuser toute automaticité dans l'application de la règle de droit, en raison du caractère irréalisable d'une telle démarche, qui aboutirait, par exemple, à sanctionner par une annulation toutes les irrégularités, même minimes soient-elles, constatées dans l'action administrative. À ce titre, le juge de l'excès de pouvoir intervient d'une façon active à la fois pour sanctionner d'une façon rigoureuse la violation de la loi, lorsque cela est justifié, et pour corriger ce qui doit l'être dans l'activité administrative, avec le constant souci d'éviter à cette dernière une censure injustifiée. Et lorsqu'il prononce une décision d'annulation, le juge veille désormais à ce que ses décisions produisent concrètement tous leurs effets, notamment en fournissant un véritable « guide impératif » de l'exécution de la chose jugée.

Les développements de cette seconde partie suffisent ainsi à montrer, nous semble-il, que l'efficacité du contrôle juridictionnel de l'administration se mesure à l'aune de ce nouveau rôle, plus actif, que veut remplir le juge administratif dans le contrôle de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Arrivé au terme de notre recherche, il est temps pour nous de proposer une vue d'ensemble sur le chemin parcouru. Pour cela il nous faut dégager les traits les plus marquants du renouvellement du contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, de manière, d'une part, à mettre en avant son importance et sa teneur, d'autre part, à préciser l'influence de ce renouvellement sur la notion même de légalité, la structure du litige administratif et l'étendue des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir en la matière.

§1 : IMPORTANCE ET TENEUR DU RENOUVELLEMENT

Il est très difficile de tracer un cadre général capable de rendre compte avec suffisamment de cohérence de l'importance et de la teneur du renouvellement du contrôle juridictionnel au moyen du recours pour excès de pouvoir. En effet, le changement est intervenu dans des contextes variés et sous l'influence, nous l'avons vu, de nombreux facteurs. Divers cas de figure ont été recensés, à cet égard. Tantôt, un revirement de jurisprudence radical a été opéré, par lequel le juge de l'excès de pouvoir est revenu sur sa position antérieure pour apporter une solution nouvelle aux litiges dont il était saisi. On songe, par exemple, au contrôle de proportionnalité des sanctions disciplinaires, à la théorie du bilan, au pouvoir d'injonction utilisé, notamment, d'une façon prétorienne. Tantôt, le juge administratif a adopté une position plutôt mesurée ayant consisté en un certain aménagement ou en une adaptation de sa jurisprudence, pour la conformer à telle ou telle nouvelle exigence, à tel ou tel contexte social ou à tels ou tels faits. On songe, à ce propos, à la possibilité pour le juge de l'excès de pouvoir de moduler, à titre exceptionnel, dans le temps les effets d'une décision d'annulation, à la possibilité pour le juge des référés, comme dans l'espèce Mme Lambert, d'adapter son office, aussi bien sur le plan procédural, en recourant à la collégialité et en faisant usage de ses pouvoirs d'instruction, qu'à propos du jugement au fond de l'affaire, en approfondissant le degré de son contrôle, afin de répondre efficacement aux circonstances très particulières de l'affaire dont il est saisi. Tantôt encore, une position du juge est restée inchangée, au point de faire perdre au terme renouvellement tout son sens dans ce cas précis. On songe, à ce propos, au principe de l'annulation rétroactive des actes administratifs, régulièrement réaffirmé par le juge de l'excès de pouvoir, à l'office ordinaire du juge des référés dont les décisions demeurent fondamentalement provisoires, au refus d'accéder aux

conclusions principales à fin d'injonction, au refus, confirmé récemment (CE, 19 juillet 2017, M. A...B, req., n°403827), de satisfaire les demandes d'annulation d'actes administratifs préparatoires, ou enfin à la règle fondamentale du droit public de l'absence d'effet suspensif des recours. Tantôt enfin, la position du juge s'est révélée inopérante, et aucun qualificatif ne convient dès lors dans cette dernière hypothèse. On songe, à ce propos, à l'affaire Mme Lambert (précitée).

Cette évolution s'inscrit dans le cadre d'une démarche réaliste du contrôle juridictionnel de l'administration, qui a considéré la question de fait comme une composante à part entière de la légalité. Une telle démarche a permis au juge administratif non seulement d'appréhender le litige, à chaque fois, avec une vision pragmatique des choses, mais également et surtout de prendre du recul, en ne se positionnant pas uniquement sur le terrain du droit pour mesurer la gravité des circonstances de l'espèce et dégager la solution la mieux adaptée, sans se laisser influencer par les intenses débats ayant souvent agité l'opinion publique au sujet de certaines affaires particulièrement sensibles en matière d'éthique, d'état d'urgence ou de laïcité dans l'espace public.

§2. Un nouveau visage du litige administratif

Le renouvellement du contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir a donné un nouveau visage au litige administratif. Celui-ci n'est plus un simple procès fait à un acte, dans lequel est discutée la seule conformité au droit de ce dernier, mais bel et bien un véritable litige entre parties. Cela est perceptible à bien des égards. Nous avons tout d'abord vu, par exemple, en matière de référé et sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, des justiciables obtenir du juge de l'excès de pouvoir une protection efficace (grâce notamment au procédé de l'injonction) de leurs droits subjectifs ou la reconnaissance d'un droit pécuniaire (affaires Lafage et Marcou) en ce qui concerna les autres points en litige. Nous avons ensuite vu une administration protégée dans ses intérêts lors de contentieux complexes et à forts enjeux économiques et sociaux (par exemple affaire AC ! ou encore la récente affaire *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)* du 19 juillet 2017). Nous avons enfin vu des tiers à un litige se voir reconnaître, au nom du principe de sécurité juridique, un droit au maintien en leur faveur des effets d'une décision administrative illégale pourtant censurée par un

jugement d'annulation et, récemment encore, le droit de contester une mesure purement gracieuse (exemple, CE, 21 novembre 2016, req., 392560). Cette tendance à la subjectivisation du recours pour excès de pouvoir n'est, évidemment, pas nouvelle¹⁵⁸⁵, le commissaire du gouvernement Blum en ayant fait le premier constat il y a plus d'un siècle. « *Un très grand nombre de recours pour excès de pouvoir, disait-il, sont véritablement des litiges entre parties ... Il en est ainsi (...) chaque fois que le recours pour excès de pouvoir est dirigé contre un acte nominatif visant un individu ou une catégorie d'individus. En dépit de la forme extérieure du recours, bien que l'acte attaqué soit un acte de puissance publique, le débat porté devant vous, dans toutes les espèces de cette nature, est bien un litige entre des intérêts individuels. L'objet de votre décision est bien une distribution, une répartition d'intérêts individuels ou collectifs* »¹⁵⁸⁶.

§3. Un nouveau juge administratif de l'excès de pouvoir

Il est très difficile de déterminer aujourd'hui le vrai visage du juge de l'excès de pouvoir, car celui-ci revêt tantôt ses habits habituels de juge de la légalité, tantôt ceux d'un juge de plein contentieux. Lorsqu'il est appelé à se prononcer sur la légalité d'une décision administrative, nous l'avons vu « *aussi faire, et à tout le moins dire précisément quoi faire* »¹⁵⁸⁷.

Une chose est indéniable : « *un nouveau juge [...] est en train de se façonner, un juge se préoccupe non seulement des illégalités méconnues mais de la légalité à mettre en œuvre, un juge situé davantage dans le temps du jugement qu'il va rendre et pas seulement dans le temps de l'acte qu'il contrôle, et qui s'interroge résolument sur la portée et les implications de ses décisions quand il pouvait se contenter naguère de réprimer* »¹⁵⁸⁸. À cet égard, nous l'avons vu élargir, d'une part, le champ de son action, en intervenant dans le domaine discrétionnaire de l'administration active (contrôle de l'activité intérieure de l'administration, sanctions disciplinaires) et, d'autre part, le champ de la légalité, en se fondant sur des

¹⁵⁸⁵ R. Bonnard, *Les droits publics subjectifs des administrés*, R.D.P, 1932, p. 695 ; N. Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, 2003 ; *Les droits publics subjectifs des administrés, actes du colloque organisé les 10 et 11 juin 2010 par l'A.F.D.A*, LexisNexis, 2011, précité.

¹⁵⁸⁶ Concl., sous CE, 29 novembre 1912, *Boussuge-et autres*, S. 1914, III^e part., p. 33. Voir également dans ce sens, la note de M. Hauriou sur cet arrêt.

¹⁵⁸⁷ Pacteau B., *Vicissitudes (et vérification ... ?) de l'adage « juger l'administration c'est encore administrer »*, in *Mélanges Frank Moderne* Dalloz, 2004, p. 325.

¹⁵⁸⁸ B. Pacteau, *Manuel de contentieux administratif*, précité, p. 259.

éléments de fait pour contrôler la régularité de l'action administrative. Il lui arrive parfois même de se positionner en marge des standards traditionnels de la légalité, afin de mieux appréhender tous les vices pouvant entacher une décision administrative.

Par ailleurs, le juge de l'excès de pouvoir a renoncé définitivement à son rôle d'arbitre impassible, totalement « *hermétique aux conséquences de ses décisions et se [bornant] à faire une application littérale, abstraite et désincarnée de la loi* »¹⁵⁸⁹. Il hésite plus à intervenir activement à toutes les étapes (en amont, pendant et en aval) du litige administratif, en portant, si nécessaire, à chaque fois secours tantôt au requérant (par exemple, en l'invitant à régulariser sa requête et en l'interprétant cette dernière dans le sens de la recevabilité, ainsi qu'en élargissant la notion d'actes administratifs faisant grief), tantôt à l'administration (on songe, par exemple, aux procédés rectificatifs –substitution de motifs et de base légale –dans le jugement de l'excès de pouvoir, ainsi qu'aux dispositifs à valeur de guide de l'exécution de la chose jugée).

Nous avons en outre montré que le juge de l'excès de pouvoir avait renoncé à ses pouvoirs de censeur au profit d'un rôle de médiateur entre les parties, soucieux de dégager de véritables solutions de compromis dans les litiges qui lui étaient soumis. A été particulièrement mise en lumière la place de plus en plus importante de l'oralité dans le procès administratif, laquelle, sous la direction du juge, permet aux parties de se parler, de se dire les choses en face et qui se révèle particulièrement efficace en matière de contentieux de l'urgence, dans lequel le juge est tenu de répondre dans des délais très brefs aux demandes dont il est saisi.

En définitive, si le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen de recours pour excès de pouvoir a donc bien évolué, plus ou moins substantiellement, sur plusieurs points, il est probablement apte à se renouveler encore à l'avenir. En effet, changements apportés dans certains caractères et aspects de ce contrôle demeurent insuffisants. L'équilibre des rapports entre l'administration puissance publique et les individus ne s'est pas encore pleinement imposé. Le Conseil d'Etat, quoique certains infléchissements dans sa jurisprudence, demeure encore fidèle à la conception purement objectif qui domine le recours

¹⁵⁸⁹ J.-M., Sauvé, *Le juge face aux questions éthiques, Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat, à l'ENM à l'occasion du séminaire de formation continue des chefs de cour d'appel*, 29 septembre 2015.

pour excès de pouvoir. Il est ainsi permis de se demander, avec certains auteurs¹⁵⁹⁰, si, par exemple, une refonte en profondeur de l'ensemble du droit administratif (avec suppression de celles de ses dispositions –essentiellement celles attribuant un pouvoir discrétionnaires à l'administration – apparaissant comme exorbitantes du droit commun) ou l'abolition de la dualité des ordres de juridictions (véritable révolution de l'organisation juridictionnelle française assurément, mais à rapprocher de la situation de nombreux Etats, notamment européens, ne connaissant qu'un seul ordre de juridiction) ne serait pas de nature à améliorer encore l'efficacité et la proximité citoyenne de l'office du juge administratif. On peut se demander, enfin, si on ne pourrait pas aller jusqu'à renoncer au caractère purement objectif du recours pour excès de pouvoir, en introduisant par exemple l'hypothèse de « l'action en déclaration de droit », qui permettrait « *au juge de constater directement les droits d'un particulier et réciproquement les obligations de l'administration* »¹⁵⁹¹. Une telle procédure serait parfaitement efficace dans l'hypothèse de l'annulation d'une décision négative. À ce propos, une évolution dans ce sens semble se dessiner en matière d'urbanisme. En effet, la réforme du 6 août 2015, modifiant l'article L. 424-3 Code de l'urbanisme, oblige désormais l'administration à énoncer de façon exhaustive tous les motifs de la décision refusant une autorisation d'urbanisme. Cela dit, en cas d'annulation de cette décision, l'administration se retrouve dans une position de compétence liée, en ce sens qu'elle sera obligée de délivrer automatiquement l'autorisation sollicitée.

¹⁵⁹⁰ J. Boulouis, *Supprimer le droit administratif*, *Pouvoir* n°46, p. 5 ; L. Cohen-Tanugi, *L'avenir de la justice administrative*, *Pouvoir* n° 46, p. 13 ; M. Bazex, *L'implosion du dualisme de juridiction*, *Pouvoir* n° 46, p. 35.

¹⁵⁹¹ J-M. Woehrling, *Procédure et pouvoirs du juge administratif en contentieux administratif*, in *Trentième anniversaire des tribunaux administratifs*, Éditions du CNRS 1986. 73-88, spéc. p. 80

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

La présente bibliographie ne comporte pas tous les documents consultés pour la réalisation de cet ouvrage pas plus que ceux cités dans les notes de bas de page.

I. THESES ET OUVRAGES GENERAUX

ALCINDOR L., Des différentes espèces de nullités des actes administratifs, thèse Paris, 1912.

ALIBERT R., Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, Payot, 1926.

ALLIER J., De l'obéissance due par l'administration de la chose jugée, thèse Paris 1923.

ARBOUSSET H., Droit administratif des biens, Studyrama, 2015.

AUCOC L., Conférences sur l'administration et le droit administratif, Dunod, Paris Tome 1, 2^{ème} édition, 1878.

AUBY J.-B. et PERINET-MARQUET H et NOGUELLOU R., Droit de l'urbanisme et de la construction, Montchrestien, 9^{ème} édition, 2012.

AUBY J.-M., La théorie de l'inexistence des actes administratifs, thèse, Paris, 1950

AUBY J.-M. et DRAGO R., Traité des recours en matière administrative, Litec, 1992.

AUBY J.-M. et DRAGO R., Traité de contentieux administratif, LGDJ, 1984, Tomes 1 et 2

BAILLEUL D. : - L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français, LGDJ, 2002.

-Le procès administratif, LGDJ 2014.

BALDOUS B., Les pouvoirs du juge de pleine juridiction, P.U.A.M., Aix-en-Provence, 2000.

BLANCO F., Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir, P.U.A.M., Aix-en-Provence, 2010.

BARTHELEMY J., Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français, Librairie de la société du Recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1899.

BATSELE A., Contrôle de l'administration, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1996.

- BAUDOIN M.**, La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir, Thèse Paris 1904.
- BELAID S.**, Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, LGDJ., 1974.
- BERARD L.**, La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir, thèse Paris 1932.
- ROHMER-BENOÎT F.**, La recevabilité dans le droit du contentieux administratif, Thèse, Strasbourg, 1984
- BONICHOT J.-C., CASSIA P. et POUJADE B.**, Les grands arrêts du contentieux administratif, 4^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2014.
- BONNARD R.** : -Le contrôle juridictionnel de l'administration, Delagrave, 1934, réédition Dalloz 2005.
- Précis de droit administratif, 4^{ème} édition, Paris, LGDJ, 1943.
- BOURGOIS J.-P.**, L'erreur manifeste d'appréciation : la décision administrative, le juge et la force de l'évidence, L'Espace Juridique, 1988.
- BOULAY J.**, La preuve par témoins devant le juge administratif. Une technique d'investigation décisive, 2001, édition Tec et Doc.
- BRAIBANT G. et STIRN B.**, Le droit administratif français, PFNSP-Dalloz (amphithéâtre), 6^{ème} édition, 2002.
- BRISSON J.-F.** : - Le recours pour excès de pouvoir, Ellipses, 2004
- Les recours administratifs en droit public français, LGDJ, 1996.
- BROYELLE C.**, Contentieux administratif, LGDJ 3^{ème} édition 2015, n° 156.
- CHAMARD-HEIM C., MELLERAY F., NOGUELLOU R. YOLKA PH.**, Les grandes décisions du droit administratif des biens, Dalloz, 2^{ème} édition 2015.
- CHARLES C.**, Le juge administratif, juge administrateur, thèse, Toulouse 1, 2003.
- CHEVALLIER J.**, L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, LGDJ., Paris, 1970.
- CAMBIER C.**, Principes du contentieux administratif, Bruxelles 1961, Tome 1.
- CARRE de MALBERG**, Contribution à la théorie générale de l'État, T. 1, réédition Dalloz, 2004.
- CARRIER M.**, Du principe de la séparation de l'Administration active et de la juridiction administrative, thèse Lyon 1900.
- CARBAJO J.**, L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires, LGDJ 1980.
- CHABANOL D.** : - La pratique du contentieux administratif, Litec, 5^{ème} édition, 2003
- Le juge administratif, LGDJ, 1993

CHALVON –DEMERSAY E., De l'examen du fait par le Conseil d'État statuant en matière de recours pour excès de pouvoir, thèse Paris 1922.

CHAPUS R. :- Droit administratif général, Montchrestien, 15^{ème} édition, 2001, Tome 1

- Droit administratif général, Montchrestien, 14^{ème} édition, 2000, Tome 2

- Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 12^{ème} édition, 2006

- L'administration et son juge, PUF 1999.

CHEVALLIER J., L'Etat de droit, Montchrestien, 5^{ème} édition 2010.

CIAUDO A., L'irrecevabilité en contentieux administratif français, édition L'Harmattan, 2005.

CLAEYS A., L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir, thèse Poitiers, 2005.

COSTA D., Contentieux administratif, LexisNexis, 2011.

COLSON J.-P., L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif, LGDJ, 1970.

COSTA D. Les fictions juridiques en droit administratif, LGDJ 2000

CRUET J., Etude juridique de l'arbitraire gouvernemental et administratif, thèse Paris Arthur Rousseau, 1906.

CRUCIS M.-H., Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française, LGDJ, 1991.

DABIN J. Doctrine générale de l'État, éléments de philosophie politique, Bruxelles, 1939.

DEBBASCH C., Procédure administrative contentieuse et procédure civile, LGDJ, 1961.

DEBBASCH C. et RICCI J.-C., Contentieux administratif, Dalloz, 8^{ème} édition, 2001.

DEBOUY C., Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse, PUF, 1980.

DE LAUBADERE A., Traité élémentaire de droit administratif, LGDJ 1970, 5^{ème} édition, Tome1.

DE SOTO J., Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux, thèse, Paris, Imprimerie de R. Bernard 1941.

DI QUAL L. La compétence liée, LGDJ 1964.

DUBISSON M., La Distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir, LGDJ, 1958.

DUEZ P. DEBEYRE G., Traité de droit administratif, Dalloz, 1952.

DUGUIT L., -Traité de droit constitutionnel, Tome 2, Bocard, 2^{ème} édition 1923.

-L'État, les gouvernants et les agents, réimpression de l'édition de 1903, Dalloz 2005.

EINAUDI T., L'obligation d'informer dans le procès administratif, LGDJ, 2002.

FAVOREU L., Du déni de justice en droit public français, LGDJ, 1965, BDP, Tome 61

FEVRIER J.-M., Recherches sur le contentieux administratif du sursis à exécution, L'Harmattan 2000

FORTSAKIS T., Conceptualisme et empirisme en droit administratif français, LGDJ 1987.

FOULETIER M., Recherches sur l'équité en droit public français, LGDJ, 2003.

FOULQUIER N., Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2003.

FRIER P.-L., et PETIT J., Droit administratif, Montchrestien, LGDJ 10^{ème} édition, 2015-2016.

GABOLDE C., Procédure des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, Dalloz, 6^{ème} édition, 1997.

GAUDEMET Y., : - Les méthodes du juge administratif, LGDJ, 1972.
- Droit administratif des biens, LGDJ 14^{ème} édition 2012.

GEORGIN A., La violation de la loi : cause d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, thèse Paris, imprimerie Rousseau et Cie, 1915.

GJIDARA M., La fonction administrative contentieuse, LGDJ, 1972.

GOHIN O., La contradiction dans la procédure administrative contentieuse, LGDJ, 1988.

GODFRIN Ph., et DEGOTTE M., Droit administratif des biens, Domaine, travaux, expropriation, Dalloz, 10^{ème} édition 2011.

GOLDENBERG L., Le Conseil d'État, juge du fait, thèse Paris, Dalloz, 1932.

GOURDOU J., Les conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par le juge administratif, Thèse, Pau, 1996

GOYARD –FABRE F., Essai critique phénoménologique du droit, thèse Paris 1972

GUETTIER C., Droit administratif des biens, PUF, 2008.

GUYOMAR M. et SEILLER B. Contentieux administratif, Dalloz, 2^{ème} édition 2012.

HAURIOU M. : - Précis de droit administratif et de droit public, Sirey, 12^{ème} édition, 1933, réédition Dalloz, 2002.
- Précis de droit administratif et de droit public, Sirey, 10^{ème} édition, 1921

HOSTIOU R., Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français, LGDJ, 1975.

HOSTIOU R., et STRUILLOU J.-F., Expropriation et préemption, Litec, 3^{ème} édition.

ISAAC G., La procédure administrative non contentieuse, LGDJ, 1968.

ISRAEL J.-J., La régularisation en droit administratif français, LGDJ, 1981.

JACQUOT H., et PRIET F., Droit de l'urbanisme, Dalloz, 2008, 6^{ème} édition.

JEZE G., : - Les principes généraux du droit administratif, M. Giard, Paris, 3^{ème} édition, Tome 1, 1926, réédition Dalloz, 2005.

-Les principes généraux du droit administratif, Tome 2, réédition Dalloz 2004.

KELLERSHOHN M., Des effets de l'annulation pour excès de pouvoir, thèse Bordeaux 1915.

KORNPROBST B., La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir, LGDJ, 1959.

LACHAUME J.-F., PAULIAT H., BRACONNIER S., DEFFIGIER C. Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence, PUF (Thémis), 16^{ème} édition, 2014.

LADREIT de LACHARRIERE R., Le contrôle hiérarchique de l'administration dans la forme juridictionnelle, Sirey, 1937.

LAFaix J.-F., Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'administration, Dalloz, Collection : Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2009.

LAFERRIERE E., Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Tome 1 et 2 Berger-Levrault, 2^{ème} édition, 1896.

LAIDIE Y., Le statut de la juridiction administrative, Thèse Dijon 1993.

LANDON P., Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954, LGDJ, 1962.

LATOURNERIE D., Le Conseil d'Etat, Dalloz, 2005.

LAUBADERE (de) A., VENEZIA J.-C. et GAUDEMET Y., Traité de droit administratif, LGDJ, 16^{ème} édition, 2001, Tome 1

LAUBADERE (de) A., Traité élémentaire de droit administratif, LGDJ, 2^{ème} édition, 1957

LAURENT P., L'indépendance de l'administration et les décisions du Conseil d'État, thèse Aix-en-Provence 1941.

LECLERC C., Le renouvellement de l'office du juge administratif français, Thèse Dijon, 2012.

LEPETIT-COLLIN H., Recherche sur le plein contentieux objectif, LGDJ, 2011.

LINOTTE D., Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français, thèse Bordeaux, 1975

LOCHAK D. : - La justice administrative, Montchrestien, 1998.

- Le rôle politique du juge administratif français, LGDJ, 1970.

LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVE P. et GENEVOIS B., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 20^{ème} édition, 2016.

LOYER J., Les actes inexistants, thèse Rennes, 1908.

MASSOT J. et GIRARDOT T.-X., Le Conseil d'Etat, DF, 1998.

MAHIEU B., Les "validations" législatives, Economica, 1987.

MELLERAY F., Essai sur la structure du contentieux administratif français, LGDJ, 2001.

MESTRE A., Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration, LGDJ, 1974.

MICHOUD L., La théorie de la personnalité morale, LGDJ, 1924.

MORAND-DEVILLER J. : -Droit administratif LGDJ, 13^{ème} édition 2013.
 -Droit administratif des biens, LGDJ, 8^{ème} édition, 2014.

MOREAU J., Droit administratif, PUF (Droit Fondamental), 1989.

MOURGEON J., La répression disciplinaire, LGDJ 1967

ODENT B., et TRUCHET D. La justice administrative, PUF, 2^{ème} édition 2008.

MOTULSKY H., Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs, Sirey, Paris, 1948, réédition Dalloz, 2002.

MOUZOURAKI P., L'efficacité des décisions du juge de la légalité administrative dans le droit français et allemand, LGDJ, 1999.

PHILIBERT J., Le but et le motif dans l'acte administratif, thèse Bordeaux, 1931.

PLESSIX B., Droit administratif général, LexisNexis, 2016.

PERRIN A., L'injonction en droit public français, Panthéon-Assas, Paris, 2009.

OBBERDORFF H., L'exécution par l'administration des décisions du juge administratif, Thèse, Paris II, 1981

ODENT R. : - Contentieux administratif, Tome 1 et 2, réédition Dalloz 2007.

PACTEAU B. :

- Contentieux administratif, PUF, 7^{ème} édition, 2005
- Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative française au XIX^{ème} siècle, PUF, 2003.
- Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif, Travaux de recherches de la Faculté de droit et de science politique de l'Université de Clermont I, 1977

PACTET P., Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative Thèse Paris, 1952.

PEISER G., Contentieux administratif, Dalloz, 16^{ème} édition, 2014.

PERELMAN Ch., Logique juridique, 2^{ème} édition, Dalloz, 1999, n° 94.

PETIT J. et EVEILLARD G., L'ouvrage public, Litec, 2009.

PHILIPPE X., Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives française, P.U.A.M, 1990.

POUYAUD D., La nullité des contrats administratifs, LGDJ, 1991, BDP, Tome 158

PREVEDOUROU E., Les recours administratifs obligatoires, LGDJ, 1996.

RAIMBAULT Ph., Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français, LGDJ 2009.

RIALS S., Le juge administratif et la technique des standards, LGDJ, 1980.

RICHER L., Droit des contrats administratifs, LGDJ, 4^{ème} édition, 2004

RIVERO J. et WALINE J., Droit administratif, Dalloz (Précis), 26^{ème} édition, 2015.

SANDEVOIR P., Etudes sur le recours de pleine juridiction, LGDJ, 1964.

SCHWARTZENBERG R.-G., L'autorité de chose décidée, LGDJ, 1969.

SEILLER B., Droit administratif. L'action administrative, Tome 1 et 2, Flammarion (Champs université), 6^{ème} édition.

SPACH J, Les suites de l'annulation d'une nomination, promotion, révocation ou mise à la retraite, thèse Strasbourg, 1936.

STASSINOPOULOS M., Traité des actes administratifs, collection de l'institut français d'Athènes, 1954.

STAUB M. L'indivisibilité en droit administratif français, LGDJ 1999.

SUDRE F., MARGUENAUD J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A. et LEVINET M., Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, PUF, Thémis, 2003.

TOURDIAS M., Le sursis à exécution des décisions administratives, LGDJ, 1957.

TRUCHET D., : - Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, Thèse, LGDJ 1977.

-Droit administratif, PUF, collection: Thémis, 6ème édition 2015.

VEDEL G. et DELVOLVE P. : - Droit administratif, PUF, 12^{ème} édition, 1992, Tome 1

VIALA A., Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, L.G.DJ. 1999.

VINCENT J.-Y., L'évidence en contentieux administratif, thèse Rennes, PUR, réédition 2013.

VIRALLY M., La pensée juridique, LGDJ, 1960.

VAUTROT-SCHWARZ Ch., La qualification juridique en droit administratif, LGDJ 2010.

WALINE M. : - Traité de droit administratif, Sirey, 9ème édition, 1963

- Traité élémentaire de droit administratif, 7ème édition, 1959
- Manuel élémentaire de droit administratif, Recueil Sirey, 3ème éd., 1945
- Le contrôle juridictionnel de l'administration, Le Caire, Impr. Université Fouad I^{er}, 1949.

WEBER A., Le contentieux de l'annulation en matière administrative et les solutions nouvelles de la jurisprudence, Thèse Caen 1909.

WEIL P., Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir, P

WEIL P. et POUYAUD D., Le droit administratif, PUF («Que sais-je ?»), 24^{ème} édition, 2015.

WEI TENG-LIN, Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le contrôle juridictionnel en droit français, thèse, Lyon, 1944.

WELTER H., Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative, thèse Nancy, 1929

XYNOPOULOS G., Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre, LGDJ, 1995

YANNAKOPOULOS C., La notion de droits acquis en droit administratif français, LGDJ, 1997.

II. ARTICLES

ACH A, L'intangibilité de l'ouvrage public, un principe ébranlé mais loin d'être enterré, R.D.P 2003.

ARRIGHI DE CASANOVA J., : - Les habits neufs du juge administratif », in Juger l'Administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz, Paris, 2007, p. 11.

- Rétroactivité et annulation dans l'ordre administratif, in La rétroactivité des décisions du juge administratif, B. SEILLER dir., Economica, Paris, 2007, p.53.

ARTUR E, Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions, R.D.P 1900.

ATIAS Ch., et LINOTTE D., Le mythe de l'adaptation du droit au fait, D. 1977.

AUBY J.-B, À propos des réserves d'intérêt général, Dr. adm. n° 6, juin 2003, 6.

AUBY J.-M, L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs, R.D.P 1959.

- Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative », AJDA. 1966, p.5.

- L'«ultra petita » dans la procédure contentieuse administrative, Mélanges M. Waline, LGDJ, 1974, Tome 2, p.267

BARDOU G. et GOURDOU J., Exécution des décisions de la juridiction administrative, RDCA.

- BERNARD M.**, Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ?, AJDA 1995, n° spécial, p.190.
- BLAEVOET Ch.**, De l'intangibilité des ouvrages publics, D. Chr. 1965.
- BLANCON F.**, Le Conseil d'État, juge pédagogue, RRJ 2003.
- BLONDEL Ph**, Le fait, source de droit, in Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Draï, Dalloz 2000.
- BRAIBANT G.** : -Du simple au complexe, quarante ans de droit administratif, 1953-1993, EDCE1994.
- Questions pour le droit administratif, AJDA, n° spécial 1995.
 - Le principe de proportionnalité, in Le Juge et le droit public. Mélanges offerts à M. Waline, LGDJ, 1974, T.2.
- BONNARD R**, Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir, R.D.P 1923.
- BONICHOT J.-C.**, L'arrêt AC ! : évolution ou révolution ?, AJDA 2004, p.1049
- BRONDEL S.**, Le principe d'intangibilité des ouvrages publics : réflexions sur une évolution jurisprudentielle, AJDA 2003, p.761.
- BROYELLE C.**, De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur, D. Adm. n° 3, mars 2004, chron. 6
- CHABANOL D.**, Contrôle de légalité et liberté de l'administration, AJDA 1964.
- CHAVALIER J.**, L'interdiction pour le juge de faire acte d'administrateur, AJDA 1972.
- L'évolution du droit administratif, RDP 1998, n° spécial «Les 40 ans de la Vème République», p.1795
 - Le droit administratif, droit de privilège ?, Pouvoirs, 1988, n°46, p.57
 - Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle, Mélanges Stassinopoulos, LGDJ, 1974, p.275
- COHET-CORDEAY F.**, Conséquences de l'annulation d'un arrêté de préemption, AJDI, 2005.
- CAILLOSSE J**, Le juge administratif et la question de l'efficacité, R.D.P 2013.
- CORBEL M.-P.** L'annulation partielle des actes administratifs, A.J.D.A, 1972, p.139.
- COSTA J.-P.**, Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État, AJDA 1988.
- DEBBASCH Ch.**, L'interprétation par le juge de la demande des parties, J.C.P 1982, I, n° 3085.
- La charge de la preuve devant le juge administratif, D. 1983, p.43

DE LANVERSIN J., Le contrôle juridictionnel de l'utilité publique. Tentative d'explication d'un renouvellement jurisprudentiel, AJPI, 1974, p. 790.

DELBEZ L., La révocation des actes administratifs, R.D.P 1928, p. 467.

DELVOLVE P., Existe-t-il un contrôle de l'opportunité? In Conseil constitutionnel et Conseil d'État : colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, Paris, LGDJ, 1988.

DENOIX De SAINT MARC R., LABETOULLE D., Les pouvoirs d'instruction du juge administratif, E.D.C.E, 1970.

DENIZET J.-P., Les reconduites à la frontière, L.P.A 14 mars 2001, n°52.

DONNAT F. et CASAS D., L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat, DA 2004, chron. n°9, p.9.

DIEU F., Le juge administratif et le juge judiciaire face à l'annulation des décisions de préemption – Des inconvénients du dualisme juridictionnel, construction et urbanisme, novembre 2010, étude n° 15.

DI QUAL L., Une manifestation de la désagrégation du droit de propriété : La règle "ouvrage public mal planté ne se détruit pas", JCP Doctrine 1964, n° 1852.

DOUMBE-BILLE S., Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux. A propos de la nouvelle frontière, AJDA 1993, p.3.

DRAGO R., Un nouveau juge administratif, Mélanges J. Foyer, PUF, 1997, p.451.

DUBOS O. et MELLERAY F., La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif, DA 2004, Etudes n°15, p.8.

DOMINO X., et BRETONNEAU A., Principe de précaution et théorie du bilan : mille plateaux, AJDA 2013.

DOMINO X., et BRETONNEAU A., Le vice, mode d'emploi, AJDA, 2012.

DUTRIEUX D., Conséquences de l'annulation de la décision de préemption, CA Paris, 18 mars 2004, Garnet c/ Hotelin, Construction - Urbanisme n° 9, Septembre 2004, comm. 169.

DONNAT F., et CASA D., Le respect dû aux décisions du juge administratif, AJDA 2003.

FEVRIER J.-M., L'administré face au procès administratif, L.P.A 5 août 1998, n°98.

FOULTIER M., La réforme des procédures d'urgence : le nouveau référé administratif, RFDA 2000.

FROMONT M., : - Le principe de sécurité juridique, AJDA 1996, n°spécial, p.178
- Le principe de proportionnalité, AJDA 1995, n° spécial, p.156

GAUDEMET Y., Réflexion sur l'injonction dans le contentieux administratif, Mélanges Georges Burdeau, LGDJ, 1977.

GARCIA de ENTERRIA E., Contentieux administratif objectif et contentieux administratif subjectif à la fin du XXème siècle : analyse historique et comparative, Rev. adm. 2000, n°spécial.

GAUDEMET Y. : - Remarques sur l'évolution des sources du droit du contentieux administratif, Mélanges P. Draï, Dalloz 2000, p.329.

- Les nouvelles méthodes du juge administratif français, Mélanges Ep. Spiliotopoulos, Bruylant, 1998, p.147

- Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif, Mélanges G. Burdeau, LGDJ, 1997, p.805.

- *Remarques à propos des circulaires administratives*, Mélanges M. Stassinopoulos, LGDJ, 1974, p.561

GAZIER F., Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950, E.D.CE, 1951.

GIRARDOT T.-X et RAYNAUD F., Conséquences d'une décision d'annulation sur les actes créateurs de droit proches de la décision annulée AJDA 1997.

GIRAUD E., Etude sur la notion de pouvoir discrétionnaire, R. G. A 1924.

GUEDON M.-J., Régularité interne de l'acte administratif et pouvoir de substitution du juge, AJDA, 1981, p.443.

HAURIOU A. : -Le pouvoir discrétionnaire et sa justification, Mélanges R. Carré de Malberg, Sirey, 1933.

- Introduction à l'étude du droit administratif français, Rev. gén. adm., 1902, T. III.

HENRY J.-P., Une nouvelle fonction pour l'erreur manifeste, le contrôle du respect de l'obligation de diligence, AJDA 1979.

PEYRICAL J.-M., Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'annulation : étude sur la neutralisation et la substitution des motifs, AJDA, 1996.

JEZE G., : - Contentieux de l'annulation, le recours pour excès de pouvoir, année administrative, 1903.

- De l'erreur de fait comme grief pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir, R.D.P, 1911.

-Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait, R.D.P 1914, p. 48.

- Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait, R.D.P, 1914.

JACQUELIN R., L'évolution de la procédure administrative, R.D.P 1903.

JEGOUZO Y., Le juge administratif et l'ordonnancement du droit de l'environnement, R. J. E 2004, n°. spécial.

- JOUVE E.**, Recherche sur la notion d'apparence en droit administratif, R.D.P, 1968.
- KORNPROBST B.**, L'erreur manifeste, Dalloz 1965, chron., p. 121.
- LEMASURIER J.**, La preuve dans le détournement de pouvoir, R.D.P, 1959.
- LACHAUME J.-F.**, Violation de la règle de droit, in, Répertoire de contentieux administratif, juin 2013 (actualisation : janvier 2015).
- Erreur de fait, Répertoire de contentieux administratif, juin 2013, « Chapitre 3 ».
- LABETOULLE D.**, : - La qualification et le juge administratif : quelques remarques, Droits, 1993, n°18.
- Le projet de réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif, AJDA, 1999.
 - Le vice de procédure, parent pauvre de l'évolution du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation in Terres du droit. Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo, Dalloz 2009.
 - Principe de légalité et principe de sécurité, in L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Dalloz, 1996.
- LAIDIE Y.**, Les libéraux et la justice administrative au XIXème siècle : un mariage de raison ?, Rev. adm. 2001, p. 5.
- LANDAIS C., et LENICA F.**, La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir AJDA 2004.
- LANGELIER E.**, De l'utilité de "l'annulation par voie de conséquence" en matière de suppression d'emploi des fonctionnaires territoriaux, J.C.P.A, n° 5, 2 février 2015.
- LAUBADERE de A.**, - Réflexions sur la crise de droit administratif français, Pages de doctrine, II, LGDJ, 1980, p.177.
- Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, in Mélanges M. Waline, LGDJ, 1974, p.531
- LAVAU G.**, Du caractère non suspensif des recours devant les tribunaux administratifs, RDP 1950, p.777
- LAVROFF D.-J.**, Le collaborateur bénévole de l'administration, AJDA, 1959, p. 130.
- LE FUR L.**, La protection juridictionnelle des franchises locales contre les empiètements des agents centralisés, R.G.A., 1911.
- LEMASURIER J.**, Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe « bilan-coût-avantages », in Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Walines, LGDJ 1974, T.2.
- LETOURNEUR M.**, : - L'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil d'État Français, in Mélanges Ganshof van der Meersch, Paris, L. G. D. J., 1972, T. 3.
- L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir, E.D.CE, 1962.

- Apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir, E.D.CE,1953.

LINOTTE D., Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif, AJDA, 1980.

MARIE L., De l'avenir du recours pour excès de pouvoir, R.D.P 1901, p. 267.

MASSOT J, Requête, in Répertoire de contentieux administratif, Dalloz 2007.

MATHIEU B., Le juge et la sécurité juridique : vue du Palais-Royal et du quai de l'Horloge, D. 2004.

MAUGUE C., et **SCHWARTZ R.**, Effets des annulations en cascade des documents d'urbanisme, AJDA 1992.

MAZEAUD L., De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits, Revue trimestrielle de droit civil, T. 28, 1929.

MELLERAY F., : - Recours pour excès de pouvoir (Moyens d'annulation), Répertoire Dalloz, janvier 2007.

- Le nouveau souffle de la jurisprudence Lafage ? D. A n° 2, février 2012.

MESMIN D'ESTIENNE J., Le refus du contrôle d'opportunité : un mythe à déconstruire ? R.F.D.A 2016.

MICHOUD L., Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration, R.G.A, 1914.

MODERNE F., - Origine et évolution de la juridiction administrative en France, Rev. adm. n° spécial 9, p.15

- Vers une culture de l'urgence dans le contentieux administratif ?, D. 2001, n°41, p.3283.

- Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif, RFDA 1996, p. 43

- Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ?, RFDA 1990, p.798

MORAND-DEVILLER J., Le contrôle de l'administration : la spécificité des méthodes du juge administratif et du juge judiciaire, in Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique, (dir.) G. Dupuis, Economica, 1991.

ODENT R., : - Le destin des fins de non-recevoir, Mélanges M. Waline, LGDJ, 1974, p.653

- Les droits de la défense, EDCE 1953, p.53

PACTEAU B., : -Danthony au cinéma, AJDA 2012.

-Du Recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction, R.A 1999, n° spécial.

- La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?, AJDA 1995, n°spécial, p.151.

- Procédure administrative contentieuse, retour à la loi, et après ?, RFDA 1996, p.5.
- Preuve, in Répertoire de contentieux administratif, septembre 2009.
- PASBESCQ Ch.**, De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir, RDP 1980.
- PELLISSIER G**, Recours pour excès de pouvoir (Conditions de recevabilité), Répertoire contentieux administratif, Dalloz, janvier 2010.
- PEYRICAL J.-M.**, Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'annulation, étude sur la neutralisation et la substitution de motifs, A.J.D.A. 1996, p.p. 22-34.
- PLESSIX B**, Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé, R.F.D.A, 2007.
- PIETRI J.-P.**, La régularisation des requêtes devant le juge administratif, in, Gouverner, administrer, juger. Mélanges en l'honneur de Jean Waline, Dalloz 2002.
- PISSALOUX J.-C.**, : -Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse, RDP 1999, p.781.
 - Les inspections générales au sein de l'administration française : structures, fonctions et évolution, Revue Française d'Administration Publique (RFAP), 2015, n° 155, p. 601-622, « Du contrôle à l'évaluation : l'évolution des fonctions d'inspection », numéro réalisé sous la responsabilité scientifique de J.-L. Pissaloux.
- PRETOT X**, Réflexion sur la justice administrative, D. 1986, chron., p. 272
- RAUX J.**, L'examen des faits par le juge administratif dans le contrôle de la légalité interne de la procédure d'expropriation, AJDA 1967.
- REGLADE M.**, Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir, R.D.P 1925.
- RIALS S.**, L'office du juge, Droits 1989, n° 9, p. 3.
- RIVERO J.**, : -Fictions et présomptions en droit public français, in Les présomptions et les fictions en droit, Bruxelles, Bruylant, 1974.
 - Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif, EDCE, 1955, p.27.
 - La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'État français, in Le fait et le droit, Etudes de logique juridique, Travaux du Centre nationale de recherches de logique, Bruxelles, 1961.
 - Le huron au palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir, D. 1962, chron, p. 37.

-Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ?, in Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public, Tome II, LGDJ., Paris, 1974, p.701.

- Le juge administratif français : un juge qui gouverne, D. 1951, Chron., p. 21.

- Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits, Mélanges Jean Dabin, éd. Bruylant, 1963.

- Les mesures d'ordre intérieur administratives : essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics, thèse Paris, Sirey, 1934.

ROCHE J, Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence, AJDA., 1962.

ROTA M., Vers la disparition des vices de forme ? R.D.P, n°3, 2015.

SAUVE J.-M., : - Bien juger aujourd'hui, une mission impossible ? Académie de législation de Toulouse, Vendredi 13 décembre 2013.

- Comment réduire les délais de jugement et accélérer les procédures devant les juridictions administratives suprêmes ? L'urgence devant le Conseil d'État : procédures, méthodes de travail et défis nouveaux, intervention au séminaire organisé par l'Association internationale des Hautes juridictions administratives (AIHJA) / International Association of Supreme Administrative Jurisdictions (IASAJ) à Varsovie, le 23 septembre 2014.

- Enjeux et défis du Conseil d'État de France, Intervention lors du colloque organisé par université catholique de Louvain (KU Leuven) le mardi 15 octobre 2013. Discours disponible sur le site du Conseil d'État.

- Justice administrative et État de droit, intervention à l'institut d'études judiciaires université Panthéon-Assas, lundi 10 février 2014.

- La place de l'oralité : support délaissé ou renouvelé dans la juridiction administrative ? Entretiens d'Aguesseau, Limoges vendredi 7 mars 2008.

- Le droit de la régulation économique, Colloque organisé par l'Association des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne (ACA-Europe), le lundi 16 juin 2014.

- Perspectives sur la justice administrative, Audience solennelle de rentrée de la cour administrative d'appel et du tribunal administratif de Versailles, 6 octobre 2014.

- L'étendue et les limites du pouvoir du juge, Colloque européen sur le juge et la politique, vendredi 31 octobre 2014.

- Le juge face aux questions éthiques, Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, à l'ENM à l'occasion du séminaire de formation continue des chefs de cour d'appel, 29 septembre 2015.

SEILLER B. : - L'illégalité sans l'annulation, AJDA 2004, p. 963.

- La modulation des effets dans le temps de la règle prétorienne. Tentative iconoclaste de systématisation », in Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois, Dalloz, Paris, 2009, p.977.

-Le procès de la rétroactivité », in La rétroactivité des décisions du juge administratif, Economica, Paris, 2007, p.15.

- Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique, A.J.DA 2003.

SERRAND P., Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente, R.D.P. 2012.

STAHL J.-H., : - Les conséquences des revirements de jurisprudence », in La rétroactivité des décisions du juge administratif, Economica, Paris, 2007, p. 87.

- An I ap. AC ! : les suites de la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses, un an après l'arrêt Association AC ! », R.J.E.P. octobre 2005, n° 624, p.355.

STAHL J.-H. et COURREGES A., Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux, RFDA 2004, p.438

STAUB M., Les annulations immatérielles, in De code en code, Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr, Dalloz, 2009.

STIRN B., : -Juge des référés, un nouveau métier pour le juge administratif, in Juger l'Administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz, Paris, 2007, p.795.

- Juridiction et jurisprudence administratives : le temps du mouvement », in L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper, Paris, 2006, p. 939.

STRUILLON J.F., Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir dans le contentieux de la préemption, in mélanges en l'honneur de H. Jacquot, P.U.O, 2006.

TRUCHET D., : - Avons-nous encore besoin du droit administratif ?, in Le droit administratif, Permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Dalloz, Paris, 2007, p. 1039.

- L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre. In, Conseil d'État, Rapport public 1999. Jurisprudence et avis de 1998. L'intérêt général, La Documentation française, 1999, p. 370.

UNTERMAIER-KERLEO E., Le tiers à l'acte administratif unilatéral : un administré et un justiciable de second rang, R.F.D.A, 2013.

VAN-LANG A, De l'usage du bilan dans l'après jugement, in *Le droit administratif : permanences et convergences*, Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Dalloz, 2007.

VIDAL R., L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative, RDP 1952, p.275

WACHSMANN P., - Un bilan du bilan en matière d'expropriation. La jurisprudence Ville Nouvelle Est, trente ans après, Mélanges J. Waline, Dalloz, 2002, p.733

WALINE J., Le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation, Mélanges M. Waline, LGDJ, 1974, p.811

WALINE M., : - Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il nier les catégories juridiques ? in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 1963.

-Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration, EDCE, n° 10, 1956, p. 25

- Le pouvoir normatif de la jurisprudence, in *La Technique et les principes du droit public: études en l'honneur de Georges Scelle*, LGDJ 1950, T. 2.

- Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, RDP 1930, p. 205.

-Vers un reclassement des recours du contentieux administratif, RDP 1935, p. 205.

WEIL P., Une résurrection : la théorie de l'inexistence, D. 1958, chron. p. 49.

WOEHLING J.-M., : - Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France, Rev. adm. 1999, n° spécial

7, p.75

- Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ?, Mélanges G. Braibant, Dalloz, 1996, p.777.

-Un aspect méconnu de la gestion administrative : la régularisation des procédures et décisions illégales, *Revue française d'administration publique (R.F.A.P)* 2004/3, n°111.

III. NOTES ET CHRONIQUES DE JURISPRUDENCE

BONICHOT J.-C., obs. ss. TA Lyon, 24 avril 1996, M. Georges Cartayrade, BJDU 5/1996.

CABANES M., et **LEGER M.**, chron. Sous, CE, 22 novembre 1972 Sieur Deboise, AJDA 1973, p. 135.

CASSIA P, L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure, note sous CE, 23 décembre 2011, req. n° 335033, Danthony, R.F.D.A. 2012.

CHABANOL D., note sous C.E. Sect. 6 fév. 2004 Mme Hallal, DA 2004, n°51.

DAMAREY S. : - note sous C.E. 5 mars 2003 Titran, AJDA 2003, p.1008

- note sous C.E. Ass. 29 juin 2001 Vassilikiotis, LPA 24/10/2001, n°212, p.12

DELVOLVE P., - note sous C.E. Ass. 10 juill. 1996 Cayzeele, RFDA 1997, p.89

DONNAT F. et CASAS D. : - chron., sous C.E. Sect. 27 février 2004 Préfet des Pyrénées-Orientales c./Mme Abounkhila, AJDA 2004, p.651

- chron., sous C.E. Sect. 6 fév. 2004 Mme Hallal, AJDA 2004, p.436.

FOURNIER J. et BRAIBANT G., chron., sous CE, Sect. 8 mars 1957 Rozé, AJDA 1957,p.181

GUYOMAR M., et COLLIN P., :- note sous CE., Assemblée, 29 juin 2001, Vassilikiotis, et CE, 27 juillet 2001, Titran, AJDA. 2001, p. 1046.

- chron., sous CE, Sect. 30 octobre 2001 Ministre de l'intérieur c./Mme Tliba, AJDA 2001, p.1054.

- chron., sous CE Sect. 28 février 2001 Préfet des Alpes-Maritimes, Société Sud-Est assainissement, AJDA 2001, p.461

- chron., sous CE, Sect. 19 janvier 2001 Confédération nationale des radios libres, AJDA 2001, p.146.

- chron. de juris. sous C.E. Sect. 20 décembre 2000 Ouatah, AJDA 2001, p.146

- chron., sous CE, 8 décembre 2000 Hoffer, AJDA 2000, p.985

Hauriou M., note sous arrêt Gomel 4 avril 1914, S. 1917. III^{ème} part.

- CE, 21 novembre 1913, Larose, Sirey 1915, III^{ème} part.

- CE, 8 décembre 1899, Ville d'Avignon, S. 1900. III^{ème} part.

LIET-VEAUX, notes sous CE, 23 octobre 1963, Dame veuve Musy, RA 1963, p.461.

MODERNE F., note sous CE, Ass. 17 février 1995 Marie, RFDA 1995, p.822

MORAND-DEVILLER J. : - note sous CE, 15 octobre 1986 Mme Leroux, RFDA 1987, p.240.

- note sous CE, Sect. 17 mai 1985 Menneret, JCP 1985, n°20448.

PACTEAU B., : - note sous CE, 1er octobre 1976, Soucasse, Rec., p. 386, D. 1977, p. 552.

- note sous, CE, 9 juin 1978, Sieur Lebon, req. n° 05911, D. 1979. 30.

-note sous CE, 4 février 1981, Konaté, D. 1981, p.353.

- note, sous C.E., Sect., 17 mai 1985, Mme Menneret, Rev. Adm. 1985, p.p. 467-470.

- note, sous, CE, 9 juin 1989, M. et Mme Dufal, L.P.A, 1989, n° 128.

PISSALOUX J.-L., : - comm. sous, CE, Sect., 7 février 2008, Commune de Courbevoie, req. n° 297227, Revue Lamy Collectivités territoriales, juin 2008.

- Note sous, CE, Sect., 6 février 2004, Madame Hallal, Rev. Trésor 2004, p. 784.

ROLIN F., note sous C.E.D.H. 7 juin 2001 Kress c./France, AJDA 2001, p.675.

SCHWARTZ R. et MAUGUE C., chron. de juris. sous C.E. Ass. 1^{er} mars 1991 Le Cun, AJDA 1991, p.358

WALINE M., : - note sous CE, Ass. 28 mai 1954, Barel, R.D.P, 1954.

- note sous CE, 28 mai 1971, Ministre de l'équipement du logement contre Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville-Nouvelle Est », RDP 1972, p. 454.

IV. CONCLUSIONS

AGUILA Y. concl., sous CE, Ass., 24 mars 2006, Société KPMG, Rec., p. 154.

BERGEAL C., concl., sous CE, 13 mars 1998, Fédération nationale des sociétés d'économie mixte, AJDA 1998.

BLUM L., concl., sous CE, 29 novembre 1912, Boussuge-et autres, S. 1914, IIIe part., p. 33

BRAIBANT G., : - concl., sous CE, 13 novembre 1970, Lambert.

- concl., CE, 28 mai 1971, Ministre de l'équipement du logement contre Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville-Nouvelle Est », Rec., p. 409.

CHENOT B., :- concl. sous CE, 10 février 1950 Gicquel, Rec., p.100

-concl. sous CE, Sect. 5 mai 1944 Dame veuve Tromprier-Gravier, D. 1945, p.110.

CHERDENET, concl., CE, 4 avril 1914, Gomel, Rec., p.488.

CORNEILLE, concl., CE, 14 janvier 1916, Camino, Rec., p. 15.

COURREGES A., concl., sous CE, Sect., 31 décembre 2008, MM. Aires et Claudio Pereira Dos Santos Maia, req. n° 293853, RFDA 2009.

DELVOLVE J., concl., sous CE, 17 février 1950, Ministre de l'agriculture c/Dame Lamotte, Rec., p. 110.

DENOIX de SAINT MARC R., concl. sous CE, Sect. 20 janvier 1978 Synd. national de l'enseignement technique agricole public, AJDA 1979, n°1, p.37.

DONDOUX P., concl., sous CE, Sect., 23 juillet 1976, Ministre du Travail c/ URSSAF du Jura, Rec., p. 607.

DRAGO R., note sous CE, 2 novembre 1973, Librairie François Maspero, J.C.P 1974. II. 11742.

DEVYS Ch., concl., CE, Ass. 11 mai 2004, Association AC ! et autres, RFDA 2004 p.454.

DUMORTIER G., concl., sous CE, 23 décembre 2011, Danthony, RFDA 2012.

FRYDMAN, -concl., sous CE, Ass., 20 octobre 1989, Nicolo, Rec., p. 190.
 - concl., sous CE, Ass., 17 février 1995, Hardouin et Marie.
 -concl., concl., sous CE, Ass., 27 octobre 1995, Commune de morsang-sur-Orge, Rec., p. 372.

GAZIER, concl., sous CE, 7 juillet 1950, Dehaene, Rec., p. 426.

GENEVOIS B. : - concl. sous CE, Ass. 27 janv. 1984 Caillol, RDP 1984, p.483
 - concl. sous CE, Sect. 9 décembre 1983 Ville de Paris, Rec., p.499
 - concl. sur CE, Ass. 22 décembre 1978 Cohn-Bendit, D. 1979, p.155

GREVISSE S., concl., sous CE, Ass. 8 juin 1973 Dame Peynet, Rec. Leb., p.406

GUYOMAR M., concl., Sect., 22 juin 2007, M. Arfi, Rec., p. 263.

JOSSE P.-L., concl. sous CE, 8 juin 1934 Augier, D. 1934, III, p.31

KAHN J. : - concl., sous CE, Ass., 12 janvier 1968, Ministre de l'Economie et des Finances c/dame Perrot, AJDA 1968. II.
 - concl., sous CE, 22 novembre 1967, Administration générale de l'assistance publique/Delle Chevreau, concl. J. Kahn, Droit ouvrier 1968, p. 113.

KELLER R., concl., sous CE, Ass., 14 février 2014 et 24 juin 2014, Mme Lambert, Rec., p. 32 et p. 175.

LABETOULLE D. : - concl., sous CE, 20 novembre 1974, Epoux Thony, Rec. p. 1009.

LETOURNEUR M. concl., sous CE, Ass., 28 mai 1954, Barel, Rec., p. 308.

MARYVONNE de SAINT PULGENT, concl., sous CE, 1er mars 1991, M. Le Cun., RFDA 1991 p.612.

MAUGUE Ch., concl., sous CE, Sect., 29 janvier 2003, Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans, R.F.D.A 2003 p. 477 ;

MICHEL, concl. Sous CE, 19 mai 1933, Benjamin, Rec., p. 541.

PECRESSE V., concl., sous CE, Sect., 10 octobre 1997, M. Lugan.

ODENT R., concl., sous CE, Ass., 27 mai 1949, Véron-Reville, Rec. p. 246, Gaz. Pal. 10 juin 1949.

ROMIEU, concl., sous l'arrêt Jacquin CE, 30 novembre 1906.
 - concl., sous CE, Sect., 13 novembre 1981, *Plunian*, Rec., p. 413.

TOUTE H, concl., sous CE, Sect. 19 avril 1991, Epoux Denard, Epoux Martin, R.F.D.A, 1992.

PICHAT, concl., sous CE, 8 mars 1912, Lafage, Rec., p. 348.

RAPPORT

COLCOMBET F, Rapport fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, n° 2002, décembre 1999.

DE BAEQUE F., La commission du rapport et des études et l'exécution des décisions de justice, EDCE, 1982-1983.

DOSSIER THEMATIQUES DU CONSEIL D'ETAT : - Le juge administratif et le droit des étrangers, 15 juin 2015.

- Le juge des référés, 7 janvier 2016.

- Le juge administratif et l'urbanisme, 25 mai 2016.

-Le juge administratif et les sanctions administratives 9 janvier 2017.

LABETOUELLE D. Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative avril 2012.

Rapport public Conseil d'Etat, La Documentation française 2017.

INDEX

Les numéros renvoient aux pages concernées.

-A-

- Abrogation**, 342, 362.
- Actes détachables (contrats)**, 18, 167, 176 et s, 410.
- Acte individuel**, 115 (note de bas de pas)
- Acte réglementaire**, 363.
- Administrateur-juge (et juge-administrateur)**, 253, 376, 379, 388.
- Annulation**
 - « en tant que », 349 et s.
 - « en tant que ne pas », 351 et s.
 - partielle, 347 et s.
- Astreinte**, 26, 168, 176, 187, 253, 263.
- Audience**
 - (généralité) (instruction), 211, 217, 233, 290, 293 et s, 401.

-B-

- Balance des intérêts**, 96, 102, 184.
- Bilan**
 - théorie du – (« bilan coûts-avantages »), 92 et s, 167 et s.
 - v. aussi **Balance des intérêts**

-C-

- Chose jugée**
 - autorité de la, 110, 111, 125, 201, 271, 283.
 - exécution/effet de la, 147, 154.
 - respect / méconnaissance, 56, 116, et s, 134 et s, 155, 164 et s, 248, 274, 364, 374.
- Clauses réglementaires des contrats**, 18.
- Collégialité**, 294.
- Conciliation**
 - (procédure), 217.
- Contentieux**
 - contractuel, 18

-D-

- Décision créatrice de droits**, 164.
- Délai raisonnable de jugement**, 25.
- Démolition des ouvrages publics : v. Intangibilité**, 168 et s.
- Déni de justice**, 34, 256.
- Dispositif (des décisions juridictionnelles)**
- Distinction des contentieux**, 344 et s, 369 et s.
- Dommages et intérêts moratoires**, 255 et s.
- Dualisme juridictionnel**, 386

-E-

- Ecrit (caractère écrit de la procédure)**, 296 et s.
- Effet non suspensif (ou non) des recours**, 266 et s.
- Effet rétroactif : v. Rétroactivité**, 114 et s, 136 et s, 148 et s,
- Erreur**
 - de droit, 59, 69, 303, 308, 339.
 - de fait, 35 et s, 53 et s.
 - manifeste d'appréciation, 66 et s.
- Etat d'urgence**, 22, 85 et s, 270, 287, 383.

Exécution des jugements, 343 et s.

Expertise, 64, 232, 291 et s.

-F-

Fiction, 26, 130, 133, 160, 164, 343, 378.

Fonctionnaires de fait, 156 et s.

-I-

Inamovibilité, 131

Injonction, 169, 178, 187, 202, 224, 231, 239 et, 280 et s, 369 et s.

Inquisitoire (Procédure –), 199, 208 et s, 229 et s.

Intangibilité des ouvrages publics, 168 et s.

Intérêt général, 15, 48, 169, 172 et s, 360 et s.

Interprétation de la requête, 220 et s.

Interprétation neutralisante, 329 et s.

Irrecevabilité manifeste, 216 et s.

-J-

Juge unique (et magistrat statuant seul), 23, 289 et s.

-L-

Libertés fondamentales au sens de l'article L

521-2 CJA, 289 et s.

Lois de validation : v. Validations législatives

-M-

Mesure d'ordre intérieur, 197.

Modulation des effets temporels des annulations, 355 et s.

Motivation

- des décisions administratives

- des décisions de justice, 182 et s, 370 et s.

Moyens

- inopérants, 316.

- d'ordre public, 214 et s, 310.

-N-

Neutralisation de motifs, 315 et s.

-O-

Office du juge, 30, 100, 148, 149, 179, 294, 304, 386.

Oralité, 296 et s, 385.

Ouvrage public : v. Intangibilité

-P-

Pédagogie, 380.

Pouvoir normatif, 104 et s.

Préemption, 174 et s.

Prérogative de puissance publique, 18, 149, 187, 287, 370, 385.

Privilège du préalable, 203.

Proportionnalité (contrôle), 79 et s.

-R-

Reconstitution de carrière, 133 et s, 165 et s.

Recours pour excès de pouvoir

- et contrat, 188 et s.

Référé

- procédure de tri, 293 et s.

- référé-suspension, 279 et s.

- **référé-liberté**, 289 et s.

Renouvellement (notion), 17.

Renvoi pour faire ce que de droit, 376.

Résiliation, 117 et s.

Responsabilité

- pour méconnaissance du délai raisonnable de jugement, 25

Retrait

« **Retrait de venin** », 327 et s.

Rétroactivité

- **V. annulation**

-S-

Sanctions disciplinaires, 89 et s.

Sécurité juridique, 29, 155, 164, 165, 182 et s, 217, 343 et s, 360 et s.

Standard, 78.

Substitution

- de base légale, 303 et s.

- de motifs, 307 et s.

Sursis à exécution V. Référé

Syllogisme, 40, 46, 166.

-T-

Tri : v. Référé

-U-

Ultra petita, 252, 368.

Urbanisme (Contentieux de l'-), 99, 105, 123, 138 et s, 217, 243 et s, 281, 287, 313 et s ; 367.

Urgence, V. Référé

-V-

Voie de fait, 112, 166.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	p.15
PARTIE I : LE RENOUVELLEMENT DANS LA TENEUR DU CONTRÔLE.....	32
TITRE I: D'UNE APPROCHE PRINCIPALEMENT ABSTRAITE À UNE APPROCHE LARGEMENT CONCRÈTE DANS L'EXAMEN DE L'EXCÈS DE POUVOIR.....	34
Chapitre 1. L'examen concret de l'excès de pouvoir : l'enrichissement par le juge du contenu de la légalité.....	35
Section 1. L'attitude traditionnelle de réserve voire d'indifférence du juge à l'égard des données factuelles d'un acte administratif.....	36
A. L'examen par le juge de l'excès de pouvoir de l'acte administratif du seul point de vue de sa conformité au droit.....	38
1. Le recours pour excès de pouvoir : un contentieux de pure légalité.....	38
2. Une particularité liée aux origines historiques de cette voie de recours.....	41
B. L'impossibilité pour le juge de l'excès de pouvoir de s'ériger en juge de la bonne administration, de l'opportunité de l'action administrative.....	45
1. L'appréciation des faits : une sphère discrétionnaire échappant à la compétence au juge administratif.....	46
2. L'appréciation discrétionnaire des faits, un pouvoir indispensable à la bonne marche de l'action administrative.....	48
Section 2. La consécration de la situation factuelle comme composante nouvelle de la légalité.....	52
Sous-section préliminaire : Comment l'examen du fait s'est-il imposé dans le débat contentieux de l'excès de pouvoir ?.....	53
§1. Le vice de l'inexactitude matérielle des faits, un moyen d'annulation pour excès de pouvoir.....	58
A. L'examen de la réalité des faits dans le jugement de l'excès de pouvoir, une pratique de bon sens.....	59
B. L'examen de la réalité des faits dans le jugement de l'excès de pouvoir : une pratique rationalisée.....	62

2§ Le vice de l'inexacte qualification juridique des faits, un autre moyen d'annulation pour excès de pouvoir.....	65
A. Le contrôle restreint de la qualification juridique des faits : mise en œuvre d'une appréciation objective de l'excès de pouvoir.....	66
B. Le contrôle normal de la qualification juridique des faits : mise en œuvre d'une appréciation subjective de l'excès de pouvoir.....	73
Conclusion chapitre 1^{er}	77
Chapitre 2. L'examen concret de l'excès de pouvoir : un positionnement du juge en marge des standards traditionnels de la légalité (légalité-conformité au droit).....	78
Section 1. Utilisation du concept de proportionnalité comme instrument de contrôle de l'excès de pouvoir.....	79
§1. La proportionnalité appréhendée sous l'angle de l'adéquation entre les motifs et le dispositif d'une décision administrative : le concept de « légalité-moyen ».....	80
A. L'hypothèse d'une mesure de police administrative (dispositif) examinée selon son adéquation à la gravité des faits (motifs) susceptibles de troubler l'ordre public.....	81
B. L'hypothèse d'une sanction disciplinaire (dispositif) examinée selon son adéquation à la gravité de la faute (motifs) commise.....	89
§2. La proportionnalité appréciée sous l'angle de l'équilibre entre l'actif et le passif d'une décision administrative : la théorie dite du « bilan avantages/inconvénients ».....	92
Section 2. L'utilisation critiquable de la règle de proportionnalité comme instrument de contrôle de l'excès de pouvoir.....	100
A. L'utilisation de la règle de proportionnalité confine à un pouvoir hiérarchique...	101
B. L'utilisation de la règle de proportionnalité confine à un pouvoir normatif.....	104
C. L'utilisation de la règle de proportionnalité confine à un jugement subjectif aléatoire.....	108
Conclusion titre 1^{er}	109
TITRE II : D'UNE APPROCHE STRICTEMENT LÉGALISTE À UNE APPROCHE OUVERTEMENT RÉALISTE DANS LA SANCTION DE L'EXCÈS DE POUVOIR	110
Chapitre 1. L'inadéquation de l'approche strictement légaliste du recours pour excès de pouvoir à la réalité sociale du litige administratif.....	112
Section 1. L'annulation rétroactive : un procédé purement destructeur.....	114
A. Une administration paralysée : l'annulation lui impose un « <i>devoir négatif</i> »....	115

B. Une administration obligée de se rétracter : l'annulation lui impose un « <i>devoir positif</i> ».....	125
C. Une annulation rétroactive critiquable.....	130
Section II. L'annulation rétroactive : une solution radicale aux effets souvent incontrôlés.....	136
A. L'annulation peut remettre en vigueur des décisions déjà privées totalement ou partiellement d'effets par l'administration elle-même, dont la réintégration peut présenter de graves inconvénients juridiques et pratiques.....	137
B. L'annulation peut entraîner une chaîne d'illégalités affectant plusieurs décisions administratives.....	141
Section 3. L'annulation rétroactive, une solution qui procède d'une logique purement abstraite.....	148
Conclusion chapitre 1^{er}	152
Chapitre 2. L'approche réaliste du recours pour excès de pouvoir comme solution nouvelle au litige administratif.....	153
Section 1. La recherche d'un juste équilibre entre les exigences de la légalité et les réalités du litige administratif ou l'appréciation de l'opportunité d'une annulation.....	154
§1. La limitation de l'effet automatique d'une annulation : le juge annule sous réserve de ce qui a été fait ou de ce qui est définitivement acquis.....	155
A. L'exemple des actes édictés par un fonctionnaire de fait.....	156
1. Rappel du principe de l'inexistence des actes accomplis par un fonctionnaire de fait.....	157
2. La réalité des faits et l'atténuation de ce principe.....	160
B. La limitation des retombées mécaniques d'une annulation : le cas des droits acquis nés d'une décision administrative irrégulière.....	164
§ 2. L'usage du bilan dans l'après-jugement : le juge apprécie concrètement les retombées de sa décision.....	167
A. L'usage du bilan dans l'après-jugement d'un contentieux lié à un ouvrage public mal planté.....	168
B. L'usage du bilan dans l'après-jugement d'un contentieux relatif à un bien illégalement préempté.....	174
C. L'usage du bilan dans l'après-jugement d'un litige concernant les actes détachables d'un contrat.....	176

Section 2. L'influence de l'approche pragmatique sur la nature du recours pour excès de pouvoir : atténuation de la conception strictement objective de cette voie de recours.....	181
§1. La motivation des décisions d'annulation par des considérations humaines (les droits acquis) et sociales (l'intérêt général).....	182
§2. La prise en compte des droits subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir.....	187
Conclusion titre 2	192
Conclusion de la première partie	193
PARTIE II : LE RENOUVELLEMENT DANS LA FINALITÉ DU CONTRÔLE	194
TITRE I. LA RECHERCHE DE L'EFFICACITÉ AU STADE DE L'EXAMEN DE LA REQUÊTE	196
Chapitre 1 : L'efficacité du contrôle analysée du point du vue du demandeur : un juge secourable au requérant	197
Section 1. Fondements de l'intervention du juge en faveur du requérant	199
A. L'inégalité des parties dans l'instance juridictionnelle.....	200
1. Une inégalité inhérente à l'existence même de la juridiction administrative.....	201
2. Une inégalité confortée par la position de défendeur de l'administration dans l'instance juridictionnelle.....	203
B. Le caractère inquisitorial de la procédure administrative contentieuse.....	208
Section 2. Mise en œuvre de l'intervention du juge en faveur du requérant.....	213
A. L'assouplissement du caractère d'ordre public des fins de non-recevoir de la demande en annulation : collaboration du juge avec le requérant.....	214
1. L'invitation à régulariser, si besoin, le recours ou « le devoir d'assistance » dans l'instance juridictionnelle.....	215
2. L'interprétation, si nécessaire, par le juge de la demande du requérant.....	220
a. Le juge éclaire la prétention du requérant.....	222
b. Le juge accorde davantage que ce qui lui est demandé par le requérant.....	224
B. L'allègement de la charge de la preuve pesant sur le requérant-demandeur en annulation : le juge oblige l'administration à se justifier et, à défaut, recherche la preuve lui-même.....	226
1. Le transfert de la charge de la preuve vers l'administration.....	227
2. La participation du juge à la recherche de la preuve.....	231
Conclusion chapitre 1^{er}	234
Chapitre 2 : L'efficacité du contrôle analysée du point du vue du défendeur : un juge protecteur de l'administration	235

Section 1. Un examen de la recevabilité de la requête axé sur la seule logique de contrôle.....	237
§1. La manifestation de la logique du contrôle dans l'examen de la recevabilité de la requête en annulation.....	238
A. Le refus du juge d'accéder aux conclusions principales aux fins d'injonction....	239
B. Le refus du juge d'accéder aux conclusions aux fins de réformation ou de substitution.....	241
§ 2. Les fondements de la logique du contrôle dans l'examen de la recevabilité de requête.....	247
A. Le principe de séparation entre la juridiction administrative et l'administration active interdit au juge de faire acte d'administrateur	248
B. Le juge de l'excès de pouvoir ne peut être appelé, par cette voie de recours, qu'à constater l'illégalité d'un acte administratif.....	250
§3. L'atténuation de la logique du contrôle dans l'examen de la recevabilité de requête.....	254
A. La possibilité de demander la reconnaissance d'un droit pécuniaire : de la jurisprudence <i>Lafage</i> à la jurisprudence <i>Marcou</i>	255
B. La possibilité de joindre à la demande d'annulation des conclusions aux fins d'injonction : la réforme du 8 février 1995 (art. L. 911-1 CJA).....	263
Section 2. Un examen de la recevabilité de la requête opéré dans le strict respect de l'action administrative.....	265
§1. Les principes de l'examen <i>a posteriori</i> de l'action administrative et de l'absence d'effet suspensif des recours : principes protecteurs de l'administration.....	266
§ 2. Dérogation au principe de l'absence d'effet suspensif des recours.....	269
Conclusion titre 1^{er}	273
TITRE II : LA RECHERCHE DE L'EFFICACITÉ LORS DU RÈGLEMENT DU LITIGE	274
Chapitre 1 : L'efficacité du contrôle analysée sous l'angle de la solution du litige	275
Section 1. Le dispositif préventif : le juge statue en urgence par des mesures provisoires...	276
§ 1. L'hypothèse à suspendre l'exécution d'un acte administratif : le référé-suspension....	277
A. Le pouvoir du juge d'ordonner la suspension de l'exécution d'une décision administrative ou de certains de ses effets.....	279
B. Un pouvoir remettant spontanément en cause le privilège d'action d'office de l'administration active : de la présomption de légalité au soupçon d'irrégularité...	285
§2. L'hypothèse de l'urgence à sauvegarder une liberté fondamentale : le référé-liberté....	289

A. Possibilité, pour le juge des référés, d'ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale.....	290
B. Pouvoir satisfaisant directement les intérêts subjectifs du requérant.....	296
Section 2. Le dispositif rectificatif et le dispositif neutralisant : le juge tolère volontairement une certaine marge d'illégalité dans l'action administrative.....	300
§1. La régularisation et la couverture de l'illégalité dans le processus décisionnel administratif : « collaboration » entre l'administration et son juge.....	301
A. Les techniques rectificatives.....	302
1. La substitution de base légale : le juge recherche lui-même le texte salvateur de la décision administrative.....	303
2. La substitution de motif : le juge remplace le motif illégal, avancé par l'administration, par un autre motif susceptible de justifier juridiquement son action.....	307
B. Les techniques neutralisantes : le juge tempère les vices entachant l'action administrative.....	315
1. La neutralisation des effets d'une irrégularité externe : de l'hypothèse du vice non substantiel à l'hypothèse de la sanction exceptionnelle (la jurisprudence Danthony).....	316
2. La neutralisation des effets d'une illégalité interne de la décision attaquée.....	327
a. La mise à l'écart d'un motif illégal au profit d'un motif légal susceptible de justifier la décision attaquée.....	327
b. L'interprétation de la décision administrative dans le sens de la légalité.....	329
§2. La portée de cette « collaboration ».....	333
A. Sur le plan administratif : une action administrative davantage confortée.....	334
B. Sur le plan contentieux : un jugement de légalité préservé des annulations de pure forme.....	339
Conclusion chapitre 1^{er}	342
Chapitre 2 : L'efficacité du contrôle analysée sous l'angle des effets à produire par les solutions apportées aux litiges	343
Section 1. Le dispositif à valeur de « compromis » ou le souci d'un réalisme opportun dans la sanction de l'excès de pouvoir	344
§1. La recherche d'un compromis quant à l'étendue "dans l'espace" du jugement d'annulation : la pratique de l'annulation partielle.....	345

A. La possibilité pour le juge d'organiser dans l'espace l'étendue de sa censure afin de préserver ce qui doit l'être dans l'action administrative.....	346
B. Une pratique commandée par la nécessité de préserver l'effet utile du jugement de l'excès de pouvoir.....	353
§2. La recherche d'un compromis quant à l'étendue " dans le temps " du jugement d'annulation : l'annulation différée.....	355
A. La possibilité pour le juge d'organiser dans le temps l'étendue de sa censure pour une meilleure prise en compte des effets de celle-ci	356
B. Une solution dictée par les nouveaux enjeux du litige administratif.....	363
Section 2. La motivation à valeur de « guide impératif » ou l'injonction adressée sous forme d'annulation.....	369
§1. Le jugement d'annulation indiquant les devoirs de l'administration.....	370
§2. Une pratique inspirée par une approche « finaliste » du recours pour excès de pouvoir.....	377
Conclusion de la seconde partie.....	381
Conclusion générale.....	382
BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE.....	387
I. Thèses et ouvrages généraux	
II. Articles	
III. Notes et chroniques de jurisprudence	
IV. Conclusions	
INDEX	
TABLE DES MATIERES	