

UNIVERSITE DE LILLE

FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES ET SOCIALES

***L'avenir de la légalité externe dans le
contentieux de l'excès de pouvoir***

Mémoire de recherche présenté par **M. Julien Hau**

Sous la co-direction de **Mme. le Professeur Johanne Saison** et de **Mme. Fanny Grabias, Maître de Conférences** à l'Université de Lille

MASTER MENTION DROIT PUBLIC

**MASTER 2 DROIT PUBLIC GENERAL ET CONTENTIEUX
PUBLICS**

-

Année universitaire 2019-2020

L'avenir de la légalité externe dans le contentieux de l'excès de pouvoir

A ma grand-mère.

SOMMAIRE

LISTES DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

REMERCIEMENTS

INTRODUCTION

CHAPITRE 1. La légalité externe altérée : l'évidence d'un déclin

Section 1.- Une perte de sens de la cause juridique

Section 2.- Une perte de cohérence au sein de la cause juridique

CHAPITRE 2. La légalité externe revalorisable : vers une restructuration

Section 1.- Une revalorisation par une préservation de la légalité externe

Section 2.- Une revalorisation par un éclatement de la légalité externe

CONCLUSION

BIBLIOGRAPHIE

TABLES DES MATIERES

LISTES DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

<i>AFDA</i>	<i>Association française pour la recherche en droit administratif</i>
<i>AJDA</i>	<i>Actualité Juridique. Droit administratif</i>
Al.	Alinéa
Art.	Article
Ass.	Assemblée
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Cass.	Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CJA	Code de justice administrative
Concl.	Conclusions
Comm.	Commentaire
<i>D.</i>	<i>Dalloz</i>
<i>Dr. Adm.</i>	<i>Revue Droit administratif</i>
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>JCl. Adm.</i>	<i>Jurisclasseur administratif</i>
<i>JORF</i>	<i>Journal officiel de la République Française</i>
LGDJ	Librairie générale du droit et de jurisprudence
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
<i>RDI</i>	<i>Revue de droit immobilier</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i>
Réimp.	Réimprimer
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
Sect.	Section

REMERCIEMENTS

Je tiens, tout d'abord, à remercier le Professeur Johanne Saison et Madame Fanny Grabias qui m'ont accordé leur confiance et leur bienveillance et qui me feront l'honneur de lire mon travail.

Mes remerciements vont, surtout, tout particulièrement à Madame Fanny Grabias. Je ne saurais lui dire toute la gratitude que je lui dois. Elle a été d'une attention, d'une patience et d'une sagesse impressionnantes. Son soutien à mon égard a été sans faille. Il est clair, et je n'en doute aucunement, que sa passion pour l'enseignement et pour la transmission du savoir lui permettront d'aller très loin.

Ma reconnaissance va également aux professeurs qui durant cette année ont contribué de près comme de loin à ce mémoire et à sa confection.

J'aimerais, également, adresser mes remerciements à ma famille. Maman, Papa, Pauline, Manon et Clara, vous ne pouvez imaginer tout ce que vous m'avez apporté.

Antoine, tu es mon héros ! Ton soutien indéfectible, depuis notre rencontre, me donne l'honneur d'être à tes côtés depuis quatre ans.

Aurélie, Céline, Chloé, Manon, Marion et Vincent, je vous remercie de m'avoir toujours soutenu pendant toutes ces années depuis la fin du lycée et la médecine. Vous avez toujours cru en moi. Je vous dois beaucoup. Vous êtes mes meilleurs amis.

Je remercie, enfin, toutes les personnes qui ont contribué à ce travail. Je pense en particulier à Clémence et Naomi.

Introduction

« Il ne faut jamais oublier que le droit administratif est celui de l'action publique concrète, de la mise en œuvre pratique des politiques publiques et des législations. Il est en somme le corps le plus vivant du droit public, sa part déterminante pour notre vie collective quotidienne. C'est ce qui le rend si réactif. Il colle au réel de l'action publique, il en réproouve directement les évolutions. A nous d'ouvrir les yeux sur tous les plissements qui se dessinent à sa surface. »¹

D'après l'illustre Professeur Jacques Chevallier, « on assisterait à l'émergence progressive d'un droit nouveau, reflet de la postmodernité »². Conséquence d'une crise de la « rationalité juridique »³, ayant elle-même pour origine plus profonde une crise des institutions et des valeurs de la modernité occidentale⁴, et pour facteur, notamment, « la prolifération anarchique des règles qui a rendu plus flous les contours de l'ordre juridique »⁵, l'avènement d'un droit nouveau aurait nécessairement un impact sur le droit administratif. S'interroger sur son avenir, et plus particulièrement sur l'une de ses branches, le contentieux administratif, apparaît, alors, parfaitement opportun. Cela est d'autant plus vrai, que, comme le rappelle Jean-Bernard Auby, le contentieux administratif subit déjà, aujourd'hui, un mouvement de transformation, et plus particulièrement de subjectivisation, ébranlant sa structure originelle et l'office traditionnel du juge administratif⁶.

¹ AUBY Jean-Bernard, « Conclusion en forme d'hypothèses », in AUBY Jean-Bernard (dir.), *Le future du droit administratif. The future of administrative law*, LexisNexis, 2019, pp. 563-576.

² CHEVALLIER Jacques, *L'État post-moderne*, 5^e éd., LGDJ, 2017, p. 126.

³ CHEVALIER Jacques, *op. cit.*, pp. 132 et suiv.

⁴ CHEVALIER Jacques, *op. cit.*, pp. 13 et suiv.

⁵ CHEVALIER Jacques, *op. cit.*, p. 132.

⁶ AUBY Jean-Bernard, *op. cit.*

Le point d'orgue de ce changement se ferait sentir dans le contentieux de l'excès de pouvoir comme en témoigne l'appréhension par le juge de l'illégalité d'une décision administrative⁷. En effet, alors même que le principe de légalité, censé guider et enfermer l'action administrative⁸, devrait transcender le juge l'obligeant à se concentrer sur la censure d'une illégalité, il semblerait qu'elle ne constitue plus sa préoccupation première. Elle serait, au contraire, supplantée par la place grandissante accordée à la sécurité juridique⁹. Que l'on soit partisan ou détracteur de cette dernière, il en résulte, à la base, une équation difficile entre le principe de légalité et celui de la sécurité juridique.

Signe avant-coureur de sa future et potentielle métamorphose, voire, pire de sa disparition, ou simple turbulence passagère due à une conciliation déséquilibrée, la légalité externe subit, quoi qu'il en soit, les méandres, à tort ou à raison, de l'incorporation du principe de sécurité juridique au sein du contentieux de l'excès de pouvoir. Dernièrement, les juges du Palais-Royal ont, par exemple, fermé la possibilité pour un requérant d'invoquer, par voie d'exception, un vice de légalité externe, et plus précisément un vice de forme ou de procédure, dont serait entachée une décision administrative¹⁰. Pour utile qu'elle puisse être, une telle règle contentieuse aboutit incontestablement à détériorer le contenu même de la légalité externe.

Renvoyant aux aspects extérieurs et formels d'une décision administrative¹¹, la légalité externe n'a, dès lors, plus beaucoup à envier dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir. Une telle assertion peut paraître exagérée, voire même provocante, tant elle est, quotidiennement, maniée, soulevée et contrôlée par les praticiens du droit administratif. Elle peut d'autant plus l'être qu'une illégalité externe est susceptible d'entraîner l'annulation d'un acte administratif, au même titre qu'une illégalité interne. Pourtant, force est de constater, au-delà de l'illustration

⁷ V. en ce sens (De) CHAISEMARTIN Arnaud, « De *Dame Lamotte* à *Danthony* : le principe de légalité est-il encore d'intérêt général ? », in *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, pp. 115-118.

⁸ FRIER Pierre-Laurent, PETIT Jacques, *Droit administratif*, 13^e éd., 2019, p. 27.

⁹ V. en ce sens, CONSEIL D'ÉTAT, « De la sécurité juridique », in *Rapport public annuel de 1991*, La documentation française, 1992, pp. 15 et suiv. ; CONSEIL D'ÉTAT, « Sécurité juridique et complexité du droit », in *Rapport public annuel de 2005*, La documentation française, 2006, pp. 229 et suiv. ; V. également un colloque organisé au Conseil d'État, le 16 novembre 2018, « Les entretiens du contentieux du Conseil d'État : principe de légalité, principe de sécurité juridique », [en ligne], [consulté le 24 février 2020], <https://www.conseil-etat.fr/actualites/colloques-seminaires-et-conferences/les-entretiens-du-contentieux-du-conseil-d-etat-principe-de-legalite-principe-de-securite-juridique>; V. également pour un premier appel à l'incorporation du principe de sécurité juridique et pour une diminution de la trop grande place accordée au principe de légalité, par un éminent membre du Conseil d'État : LABETOULLE Daniel, « Principe de légalité et principe de sécurité juridique », in *L'État de droit : mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, pp. 403-412.

¹⁰ CE, ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, n° 414583, publié au recueil Lebon.

¹¹ V. par exemple CHAPUS René, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Montchrestien, 2001, p. 1023.

mentionnée, que le traitement réservé à la légalité externe, ou plutôt à une illégalité externe, par le juge administratif ne rend pas l'affirmation maladroite. Il est, à cet égard, régulièrement mis en avant par les rapporteurs publics qu'une annulation pour une illégalité externe n'empêchera pas l'administration de reprendre la même décision¹². La légalité externe serait-elle alors inutile dans le contentieux de l'excès de pouvoir ? A tout le moins, serait-elle inefficace au point de justifier une prévalence de la sécurité juridique au détriment de la légalité externe ?

Que le lecteur ne se méprenne pas. Pour aussi séduisantes qu'elles soient, il ne s'agira pas, ici, de traiter de ces interrogations. S'il a, en revanche, pu percevoir à la simple lecture de ce qui précède que le sujet portera sur l'avenir de la légalité externe dans le contentieux de l'excès de pouvoir, il sera nécessaire de justifier pourquoi le sujet porte sur cet objet (§2), avant d'en expliquer la méthode adoptée pour le traiter (§3). Surtout, et parce que la légalité externe fait l'objet d'une abondante littérature, il sera primordial de mettre en exergue l'intérêt d'une nouvelle étude, même modeste, sur la légalité externe (§1).

§1. La justification de l'intérêt de la recherche

S'interroger sur l'avenir de la légalité externe dans le contentieux de l'excès de pouvoir provient, d'une part, de la volonté d'une analyse globale de la légalité externe (A), et non pas uniquement portée sur le vice de procédure ou le vice de forme, et d'autre part, de la volonté de ne pas s'arrêter sur le seul constat et la seule analyse, pour aller au-delà (B).

A/ La volonté d'une analyse globale de la légalité externe

La volonté de se pencher sur la légalité externe dans son entièreté procède d'un constat simple : l'analyse de la doctrine se concentre presque uniquement sur l'avenir du vice de forme ou de procédure.

¹² V. par exemple Concl. de DAUMAS Vincent sur CE, sect., 1 juillet 2016, *Commune d'Émerainville*, n° 363047, publié au recueil Lebon ; Concl. de BRETONNEAU Aurélie sur CE, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, *op. cit.*

L'attrait principal pour le vice de forme et le vice de procédure se comprend aisément. Subissant ces dernières années les conséquences de l'incorporation du principe de sécurité juridique au sein du contentieux de l'excès de pouvoir, le moyen tiré de l'incompétence de l'auteur semble, à l'inverse, épargné. Or, l'incompétence, le vice de procédure et le vice de forme constituent, tous les trois, la totalité des moyens de légalité externe. Dès lors, l'altération de deux des moyens de légalité externe n'aboutit-elle pas à altérer la légalité externe dans son entièreté ?

On relève, ces derniers temps, quelques analyses et études dont le titre porte sur la légalité externe dans sa globalité. A cet égard, il est loisible de citer, notamment, l'article de Thibaud Mulier, intitulé « *Déclin partiel du contrôle de légalité externe des actes administratifs unilatéraux* »¹³, ou encore, celui du Professeur Gweltaz Eveillard qui se questionne, lui aussi, sur « *la limitation du contrôle de la légalité externe des actes réglementaires* »¹⁴, ou enfin celui, plus ancien, du Professeur Bertrand Seiller qui s'interroge sur l'illégalité externe, comme étant un « *commode bouc émissaire* »¹⁵. Toutefois, la lecture de ceux-ci nous amène au même constat : celui d'une analyse focalisée sur le vice de procédure ou le vice de forme, et en particulier ici, sur leur contrôle.

Dans ces articles, il est néanmoins avancé un contraste entre le déclin du vice de procédure et de forme, et, la vigueur de l'incompétence pour annuler un acte administratif. C'est, alors, à partir de ce contraste qu'il nous a semblé intéressant de partir. Le vice de procédure et de forme appartenant à la même catégorie - la légalité externe - que l'incompétence, une limitation du contrôle des irrégularités de forme et de procédure justifie-t-il alors toujours leur regroupement sous une même bannière ? Autrement dit, y-a-t-il encore une « *logique d'ensemble de leur articulation, de leur agencement* »¹⁶ ? En tout état de cause, il nous apparaissait comme insatisfaisant de s'arrêter sur ce seul constat.

¹³ MULIER Thibaud, « Déclin du contrôle de légalité externe des actes administratifs unilatéraux », RDP, 2019, p. 179.

¹⁴ EVEILLARD Gweltaz, « La limitation du contrôle de la légalité externe des actes réglementaires », Dr. Adm., 2018, n° 10, comm. 45.

¹⁵ SEILLER Bertrand, « L'illégalité externe, commode bouc émissaire », AJDA, 2012, p. 1609.

¹⁶ MELLERAY Fabrice, « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation », Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, 2007.

B/ La volonté d'un dépassement du constat et de l'analyse

S'il nous apparaissait souhaitable de dépasser l'analyse des seuls vices de procédure et de forme, il nous a également semblé séduisant d'imaginer un avenir pour la légalité externe. Sentant bien que cette dernière n'a plus la robustesse qu'elle eût eu autrefois, s'attarder uniquement sur cet aspect aurait été comme un aveu de faiblesse, à tout le moins comme la manifestation d'un travail bâclé, qui ne va pas au-delà de la démonstration d'une défaillance, et d'une incapacité à proposer des solutions face à un problème.

De surcroît, une telle volonté n'est pas déconnectée de la réalité. Non seulement, comme nous l'avons mis en avant en avant-propos, le droit subit des modifications. Mais surtout, émergent dernièrement des appels à une transformation de la légalité externe en particulier. D'une part, la loi *Essoc* de 2018 porte création, à travers son article 54¹⁷, d'une nouvelle voie de recours, expérimentale, devant le juge administratif pour contrôler, uniquement et entièrement, la légalité externe d'une décision administrative. D'autre part, la doctrine commence à s'interroger sur une nouvelle façon d'appréhender la légalité externe pour la revaloriser. A titre d'illustration, on pourra citer l'idée, de Yann Aguila¹⁸, de mettre en place un référé pré-décisionnel afin de revaloriser la légalité externe des actes administratifs. Ainsi, imaginer un avenir pour la légalité externe n'est pas, en soi, déconnecté de la réalité. Mieux, le moment s'avère totalement propice pour avancer de nouvelles idées en ce que la voie est, aujourd'hui, ouverte.

Partant, l'intérêt de notre étude procède de la volonté d'analyser globalement la légalité externe et non pas uniquement le vice de forme et de procédure, et, de la volonté de dépasser l'analyse pour proposer des solutions face à un avenir qui semble, *a priori*, en déclin. Toutefois, cela n'explique pas la raison pour laquelle l'étude porte sur la légalité externe et non pas, par exemple, sur la légalité interne dans le contentieux de l'excès de pouvoir ou encore sur la légalité externe dans le plein contentieux.

¹⁷ Loi n° 2018-727 du 10 août 2018 *pour un État au service d'une société de confiance*, publié au *JORF* n° 0184 du 11 août 2018, article 54.

¹⁸ AGUILA Yann, « Le traitement contentieux des vices de procédure en droit administratif français », in *Droit comparé de la procédure administrative*, Bruylant, 2016, pp. 871-880.

§2. La justification de l'objet de la recherche

Bien qu'il aurait été tout à fait opportun de s'intéresser à l'avenir du recours pour excès de pouvoir ou à l'appréhension des illégalités dans le plein contentieux (A), il reste qu'il nous a semblé préférable de s'intéresser uniquement à la légalité externe dans le contentieux de l'excès de pouvoir pour les raisons que nous évoquerons (B).

A/ L'existence de similarités ailleurs

L'étude aurait pu, de façon tout à fait logique, porter sur la légalité interne dans le contentieux de l'excès de pouvoir ou encore sur la légalité externe dans le plein contentieux. En effet, ces dernières subissent également les conséquences de l'incorporation du principe de sécurité juridique dans le contentieux de l'excès de pouvoir, ou, simplement, dans le contentieux administratif.

Certaines illégalités internes ne permettent plus l'annulation d'un acte administratif. Le juge préfère neutraliser l'illégalité en cause pour éviter une annulation, jugée trop sévère par rapport à la faible gravité de l'illégalité commise par l'administration. Ce mouvement est apparu avec la jurisprudence *Dame Perrot* de 1968¹⁹. Selon cette dernière, un acte administratif entaché d'un motif erroné pourra ne pas être annulé si, au regard de l'ensemble des autres motifs avancés, l'administration aurait quand même pris cet acte. Avec toujours ce souci d'éviter l'annulation d'une décision administrative, d'autres décisions de principe du Conseil d'État ont permis de neutraliser des illégalités à la suite de la jurisprudence *Dame Perrot*. On peut, à cet égard, citer la décision *El-Bahi*²⁰, ou encore, la décision *Hallal*²¹. Ainsi, l'appréhension d'une

¹⁹ CE, ass., 12 janvier 1968, *Dame Perrot*, n° 70951, publié au recueil Lebon.

²⁰ CE, sect., 3 décembre 2003, *Préfet de la Seine-maritime c/ El-Bahi*, n° 240267, publié au recueil Lebon (substitution de base légale) : « *Considérant, toutefois, que lorsqu'il constate que la décision contestée devant lui aurait pu être prise, en vertu du même pouvoir d'appréciation, sur le fondement d'un autre texte que celui dont la méconnaissance est invoquée, le juge de l'excès de pouvoir peut substituer ce fondement à celui qui a servi de base légale à la décision attaquée, sous réserve que l'intéressé ait disposé des garanties dont est assortie l'application du texte sur le fondement duquel la décision aurait du être prononcée ; qu'une telle substitution relevant de l'office du juge, celui-ci peut y procéder de sa propre initiative, au vu des pièces du dossier, mais sous réserve, dans ce cas, d'avoir au préalable mis les parties à même de présenter des observations sur ce point* ».

²¹ CE, sect., 6 février 2004, *Mme Fatima Hallal*, n° 240560, publié au recueil Lebon (substitution de motif) : « *Considérant que l'administration peut, en première instance comme en appel, faire valoir devant le juge de l'excès de pouvoir que la décision dont l'annulation est demandée est légalement justifiée par un motif, de droit ou de fait, autre que celui initialement indiqué, mais également fondé sur la situation existant à la date de cette*

illégalité ne conduit plus *ipso facto* à l'annulation d'un acte administratif. La légalité interne dans le contentieux de l'excès de pouvoir subit dès lors, elle aussi, l'impact de la sécurité juridique.

De même, l'annulation d'un contrat administratif dans le cadre d'un recours de plein contentieux, et plus particulièrement dans le cadre d'une action en contestation de validité, pour un vice de légalité externe éprouve l'impératif de sécurité juridique²². Seuls les vices d'une certaine gravité pourront entraîner l'annulation du contrat, c'est-à-dire sa disparition rétroactive²³.

Ces quelques exemples montrent que l'appréhension des illégalités externes n'est pas à part et s'insère dans un système plus général. Toutefois, il a été décidé de porter l'étude sur cet objet et non pas sur un autre.

B/ La préférence pour la légalité externe dans le contentieux de l'excès de pouvoir

Porter l'étude uniquement sur la légalité externe dans le contentieux de l'excès de pouvoir et non pas sur la légalité interne, ou encore dans le cadre du plein contentieux, tient à des raisons symbolique, chronologique et pragmatique.

En premier lieu, le choix du contentieux de l'excès de pouvoir a été préféré à celui d'une autre voie contentieuse du contentieux administratif en raison de l'association du recours pour excès de pouvoir à l'idée de protection juridictionnelle contre l'administration. A travers ce recours, le juge « *est typiquement celui qui défend le faible, c'est-à-dire l'individu, contre le fort, c'est-à-dire ce qu'on appelle précisément les autorités publiques* »²⁴. Le recours pour excès de

décision ; qu'il appartient alors au juge, après avoir mis à même l'auteur du recours de présenter ses observations sur la substitution ainsi sollicitée, de rechercher si un tel motif est de nature à fonder légalement la décision, puis d'apprécier s'il résulte de l'instruction que l'administration aurait pris la même décision si elle s'était fondée initialement sur ce motif ; que dans l'affirmative il peut procéder à la substitution demandée, sous réserve toutefois qu'elle ne prive pas le requérant d'une garantie procédurale liée au motif substitué ».

²² V. en ce sens LAFaix Jean-François, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'administration*, FATÔME Etienne (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université Paris 1, 2007, publié chez Dalloz, 719 p.

²³ CE, ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802, publié au recueil Lebon.

²⁴ WALINE Marcel, « Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », *Études et Documents du Conseil d'État*, 1956, p. 25.

pouvoir dispose, d'ailleurs, d'une « *fonction protectrice à l'égard des administrés, celle-ci consistant en la garantie de la soumission de l'administration au droit, grâce au contrôle juridictionnel de son activité normative* »²⁵. A partir d'une telle fonction protectrice, l'appréhension aujourd'hui des illégalités dans le cadre de ce recours contentieux permet-il encore à celui-ci de remplir sa fonction première ? L'étude ne portant pas sur cette problématique, cette dernière a néanmoins suscité notre intérêt pour s'intéresser uniquement au contentieux de l'excès de pouvoir, et, a guidé en arrière-plan notre démarche.

En second lieu, le choix de la légalité externe a été préféré à celui de la légalité interne en raison de l'ordre d'apparition des moyens de légalité du recours pour excès de pouvoir. La naissance des moyens de légalité externe précède, en effet, ceux de la légalité interne²⁶. S'interroger sur l'avenir de la légalité externe avant celui de la légalité interne apparaissait alors logique, à tout le moins comme allant de soi, dans la mesure où étant les premiers reconnus, ils pourraient être les premiers délaissés. Les moyens de légalité externe ont, d'ailleurs, accompagné la naissance, à tout le moins, les débuts du développement du recours pour excès de pouvoir. Il a, même, été un moment question de se demander si le déclin que connaît la légalité externe ne tenait pas à l'apparition de nouveaux moyens de légalité, c'est-à-dire aux nouveaux moyens de légalité interne, lesquels ont permis l'accroissement du contrôle du juge administratif sur les actes administratifs. Surtout, le recours pour excès de pouvoir était, avant l'apparition des moyens de légalité interne, confondu avec un seul et même moyen : l'incompétence²⁷. Grâce à une telle confusion et à l'absence de l'existence de moyens de légalité interne, considérés comme permettant un contrôle plus poussé du juge de l'action administrative, le recours pour excès de pouvoir a été, longtemps, un compromis entre la volonté de contrôler l'administration et celle de respecter ses pouvoirs tout en sachant que le juge ne pouvait prendre sa place²⁸. Ainsi, en raison de cet aspect chronologique associé aux mises en garde de la doctrine contre le traitement de la légalité externe, s'interroger avant tout à l'avenir de cette dernière semblait tout à fait pertinent.

²⁵ CLAEYS Antoine, *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, LACHAUME Jean-François (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université de Poitiers, 2005, p. 39.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ V. en ce sens MESTRE Jean-Louis, « L'arrêt *Landrin*, acte de naissance du recours pour excès de pouvoir ? », RFDA, 2003, p. 211 ; LAMPUE Pierre, « Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XXe siècle », RISA, 1954, p. 359 : « *jusqu'en 1852, la conception jurisprudentielle de l'excès de pouvoir est restée très étroite. Elle se ramène strictement, à l'origine, à l'incompétence, elle n'embrasse que les empiétements commis sur les attributions de l'autorité judiciaire ou sur celles d'une autre autorité administrative* ».

²⁸ SANDEVOIR Pierre, *Études sur le recours de pleine juridiction : l'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative*, thèse de doctorat, droit public, Faculté de droit de Lille, 1962, publiée chez LGDJ, p. 378.

En troisième et dernier lieu, quand bien même la légalité interne subit l'impact de l'incorporation du principe de sécurité juridique, elle est toujours préférée à la légalité externe pour annuler un acte administratif. Effectivement, il est souvent mis en exergue que l'administration pourra reprendre le même acte administratif si le juge annule sur un vice d'illégalité externe. Dès lors, la légalité externe n'aurait plus grand intérêt pour permettre l'annulation d'un acte et pour purger un litige. Ce constat pragmatique couplé à l'ordre d'apparition des moyens de légalité du recours pour excès de pouvoir laisse à craindre une possible disparition de la légalité externe, comme si elle était devenue – ou a toujours été – inutile.

Ainsi, pour toutes ces considérations et justifications, néanmoins discutables puisque personnelles, le traitement du sujet a été abordé méthodiquement.

§3. La méthode adoptée

Partant d'une problématique comme point de départ pour aborder le sujet, le traitement de ce dernier suit un plan logique et ordonné ayant, notamment, pour but de dépasser le seul constat et la seule analyse comme nous l'avons mentionné précédemment.

Face au déclin que connaissent le vice de procédure et le vice de forme, comme nous l'avons exposé, la légalité externe, dans son entièreté, est-elle vouée au même sort ? Est-il encore satisfaisant de regrouper sous une même bannière des moyens qui semblent totalement disparates et qui semblent, *a priori*, n'avoir plus que l'aspect formel d'une décision administrative pour point commun ? En cas de réponse négative, est-il possible de sortir par le haut d'une telle situation ? Est-elle inévitable ? Partant, la légalité externe a-t-elle encore un avenir ?

Répondre à la problématique, « la légalité externe a-t-elle encore un avenir ? », a nécessité de consulter, d'étudier, d'éplucher la doctrine, la jurisprudence, en particulier administrative, et les textes juridiques. Cela a également nécessité des efforts de remise en question des « préétablis » et des choses tenues pour acquises. Parce que nous voulions ne pas se contenter

d'un constat après analyse et que nous voulions proposer une alternative à une situation prétendument irrécupérable, il nous a fallu nous inspirer et reprendre à notre compte ce que la doctrine avait déjà proposé, soit en les exhumant tout simplement, soit en allant modestement plus loin.

Quoi qu'il en soit, nous sommes parvenus à la réponse suivante. Nos recherches et nos analyses ont montré que notre *a priori* était fondé. La légalité externe est, en effet, sur la voie évidente du déclin (Chapitre I). Toutefois, cette situation n'est pas irrémédiable et immuable puisque nous croyons à sa rémission, peu importe la manière adoptée pour parvenir à ce résultat (Chapitre II).

Chapitre 1. La légalité externe altérée : l'évidence d'un déclin

Présenté dernièrement comme partiel²⁹, le déclin de la légalité externe est, en fait, plus profond. Bien entendu, le traitement, ces dernières années, du vice de procédure et du vice de forme par le juge administratif aboutit indiscutablement à un tel résultat. L'épargne à l'égard du moyen d'incompétence par le juge laisse, insidieusement, à croire que la légalité externe soit partiellement préservée. Or, tel n'est pas le cas. Elle subit, au contraire, une altération dans son entièreté.

Rappelons que la légalité externe s'entend de deux façons. La première concerne, classiquement, l'ensemble des moyens qui la constitue ; à savoir les moyens d'incompétence, de vice de forme et de procédure. La deuxième, peut-être moins évidente, renvoie à la cause juridique, c'est-à-dire à la légalité externe en tant que cause juridique. En effet, l'apparition de la notion même de légalité externe est, avant tout, liée à celle de la notion de cause juridique, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, par la jurisprudence *Intercopie*³⁰. En tant qu'un ensemble de moyens, la légalité externe n'entraîne aucune conséquence et ne dispose d'aucune fonction. Elle n'est seulement qu'une appellation regroupant des moyens entre eux pour donner plus de cohérence. Elle sert à la classification des cas d'ouverture pour excès de pouvoir. A l'inverse, en tant que cause juridique, la légalité externe joue un rôle fondamental³¹.

Or, c'est justement, dans ses deux aspects que la légalité externe prend le chemin du déclin. En raison d'une perte de sens de la cause juridique dans le contentieux de l'excès de pouvoir (Section 1), la légalité externe en tant que cause juridique n'a plus de raison d'être. Également, en raison d'un manque de cohérence et d'unité du regroupement des moyens de légalité externe entre eux (Section 2), qui semblent n'avoir plus que pour seul point commun, critiquable comme nous le verrons, l'aspect formel d'une décision administrative, la légalité externe en tant qu'un ensemble de moyens ne peut plus prospérer ainsi. Elle semble n'avoir plus qu'un intérêt pédagogique.

²⁹ MULIER Thibaud, « Déclin partiel du contrôle de légalité externe des actes administratifs unilatéraux », RDP, 2019, p. 579.

³⁰ CE, sect., 20 février 1953, *Sté Intercopie*, n° 9772, Rec., p. 88.

³¹ V. *infra* Section 1.-

Section 1.- Une perte de sens de la cause juridique

En tant que cause juridique, la légalité externe dispose de deux fonctions. Elle permet, d'une part, de fixer l'instance, et d'autre part, d'assurer l'un des trois éléments constituant l'autorité de la chose jugée³². Selon le Président Khan dans ses conclusions sur l'arrêt Dame Ginestet du 23 mars 1956³³, la fixation de l'instance, ou dit autrement, l'immutabilité de l'instance ainsi que l'autorité de la chose jugée sont deux principes fondamentaux de l'instance regroupés entre eux pour former ce qu'il appelle la « *théorie générale de l'instance* »³⁴. Par conséquent, la cause juridique constitue un outil de mise en pratique de la « *théorie générale de l'instance* ».

En premier lieu, le principe de l'immutabilité de l'instance « *signifie (...) que l'objet de la demande ne peut être modifié après l'introduction de l'action mais il signifie également que la cause du litige sera soumise à la même condition* »³⁵. Le cadre de l'instance est alors délimité, d'une part, par les conclusions du requérant fixant l'objet du litige, et d'autre part, par la ou les cause(s) juridiques « *en vertu duquel le plaideur réclame l'objet de la demande* »³⁶. Pour répondre concrètement à ce principe dans le contentieux de l'excès de pouvoir, la cause juridique empêche de soulever un nouveau moyen après l'expiration du délai de recours contentieux qui relèverait d'une cause juridique qui n'a pas été soulevée avant cette expiration³⁷. En d'autres termes, un requérant qui n'aurait soulevé que des moyens relevant de la légalité interne, ne peut plus invoquer après l'expiration du délai contentieux des moyens relevant de la légalité externe. Dès lors et dans le prolongement de cet exemple, la cause juridique a pour rôle de limiter l'invocation de nouveaux moyens et de fixer l'instance, pour apprécier la légalité de l'acte administratif, sur les seuls moyens de légalité interne. Dans ce

³² Selon l'article 1355 du Code civil, la cause est un des trois éléments de l'autorité de la chose jugée : « *L'autorité de chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.* »

³³ Concl. de KAHN Jean, sur CE, 23 mars 1956, *Dame Veuve Ginestet*, n° 3587, Rec. p. 141.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ AUBY Jean-Marie, DRAGO Roland, *Traité de contentieux administratif*, t. II, LGDJ, 1962, p. 178.

³⁶ AZARD Pierre, *L'immutabilité de la demande en droit judiciaire*, thèse, Paris, 1930, p. 25, cité par AUBY Jean-Marie, DRAGO Roland, *op. cit.*, p. 177.

³⁷ CE, sect., 20 février 1953, *Sté Intercopie*, n° 9772, Rec., p. 88.

cas, les moyens de légalité externe ne peuvent pas aboutir à l'annulation de l'acte administratif objet du recours ; exceptés les moyens d'ordre public. De fait, la légalité externe fixe le débat contentieux, de façon négative, dans la mesure où elle permet de contenir des moyens non invocables après l'expiration du délai contentieux. A l'inverse, si le requérant a soulevé un moyen de légalité externe dans le délai, il pourra au cours de l'instance et cela même après le délai de recours contentieux soulever d'autres moyens relevant de la légalité externe.

En second lieu, l'autre intérêt de la cause juridique et donc de l'existence de la légalité externe concerne l'autorité de la chose jugée. Cette dernière est constituée de trois éléments : une identité de parties, une identité d'objet et une identité de cause. Admettant que les deux premiers éléments soient remplis, un requérant qui aurait déjà exercé un recours contre un acte administratif pourrait saisir à nouveau le juge administratif si et seulement si son nouveau recours soulève une nouvelle cause juridique. Par exemple, si dans le cadre du premier recours, le requérant n'avait saisi que des moyens de légalité interne, alors dans le second, il serait en droit de soulever uniquement des moyens de légalité externe ; et inversement. Ici, la cause juridique que constitue la légalité externe permet d'interdire ou, au contraire, d'autoriser l'invocation de nouveaux moyens dans l'optique d'un second recours pour excès de pouvoir.

Si ces deux arguments justifient la cause juridique et par conséquent la légalité externe, il reste, qu'après analyse, ceux-ci sont à relativiser. L'immutabilité de l'instance serait devenue une justification obsolète de la cause juridique (§I.), qui ne suffirait plus à maintenir l'existence de la légalité externe. Au contraire, l'autorité de chose jugée, attribut fondamental d'une juridiction, permet toujours le maintien de la légalité externe en tant que cause juridique. Toutefois, si son identification emploie la notion de cause, il reste que l'autorité de chose jugée entraîne une distorsion entre les deux causes juridiques du contentieux de l'excès de pouvoir au détriment de la légalité externe. Dès lors, cette ambivalence de l'autorité de chose jugée en tant que justification de l'existence de la légalité externe - en tant que cause juridique - a pour effet de nourrir une perte de sens de la légalité externe (§II).

§1. Un prétexte obsolète : l'immutabilité de l'instance

Si l'immutabilité de l'instance est une justification à l'existence de la cause juridique en ce que cette dernière permet de délimiter le cadre de l'instance, il reste cependant que l'existence de la cause juridique³⁸ dans le contentieux de l'excès de pouvoir tient avant tout à une autre raison, celle de répondre à un besoin pratique (A). L'immutabilité ne serait dès lors qu'un prétexte. De surcroît, cette délimitation du cadre de l'instance assurée par la cause juridique n'a plus d'intérêt dans la pratique contentieuse rendant la justification de son existence obsolète (B).

A/ L'apparition de la cause juridique avant tout comme remède à un besoin pratique

La construction de la légalité externe et le choix de la structuration des moyens du recours pour excès de pouvoir en deux causes juridiques (2) procèdent de la volonté non assumée de désengorger le Conseil d'État (1).

1) La raison non assumée : endiguer l'engorgement du Conseil d'État

La raison d'être de la légalité externe issue de la création de deux causes juridiques dans le contentieux de l'excès de pouvoir à la suite de la décision *Intercopie* de 1953 aurait pour « *seule explication (...) la mise en œuvre d'une politique de déflation contentieuse* »³⁹. Toutefois, cette explication a été contestée par des membres du Conseil d'État⁴⁰ ; certainement pour ne pas heurter l'opinion quant à la facilité pour cette juridiction de créer des règles de

³⁸ V. pour une étude globale de la notion de cause dans une demande en justice : GILLI Jean-Paul, *La cause de la demande en justice : essai de définition*, RIVERO Jean (dir.), thèse de doctorat, Droit, Paris, 1960, publiée chez LGDJ, 263 p.

³⁹ KOLBERT Éric, « Notion de cause de la demande et notion de moyen », AJDA, 1999, p. 448.

⁴⁰ BRAIBANT Guy, FOURNIER Jacques, « La notion de cause dans le contentieux de la légalité », AJDA, 1956, p. 224.

procédure pour de simples raisons conjoncturelles liées à son engorgement⁴¹. C'est alors que d'autres raisons, tout autant valables, ont été avancées.

Divers éléments laissent à penser que l'application de la théorie de la cause juridique dans le contentieux de l'excès de pouvoir, et donc la création de la légalité externe, provienne d'une raison unique liée à celle de désengorger le Conseil d'État. En premier lieu, il faut noter que, avant l'apparition de la jurisprudence *Intercopie* faisant une première application de la théorie de la cause en excès de pouvoir dans le cadre d'un pourvoi en cassation, le Conseil d'État était totalement submergé par les requêtes. Cela avait pour conséquence de rallonger de plus en plus les délais d'examen des requêtes de telle manière qu'il statuait dans des délais très longs⁴². A partir de 1872, le nombre de celles-ci devant la Haute Assemblée ne faisait que s'accroître atteignant la barre des 7 000 recours par an dès 1948⁴³. En second lieu et dans la continuité de ce qu'il vient d'être exposé, une « *déconcentration de la justice administrative* »⁴⁴ a été entreprise en 1953 par la création des tribunaux administratifs, remplaçant le Conseil d'État pour connaître en principe des affaires en premier ressort, par un décret-loi en date du 30 septembre 1953⁴⁵. Or, la décision *Intercopie* instaurant la théorie de la cause dans le contentieux de l'excès de pouvoir est intervenue également en 1953. Dès lors et indiscutablement, à la suite d'une prise de conscience de l'engorgement du Conseil d'État, des décisions ont été prises dans le même temps afin d'y remédier : création de tribunaux administratifs et application de la cause juridique en excès de pouvoir pour limiter l'examen de nouveaux moyens. En troisième et dernier lieu, l'apparition de la cause juridique en excès de pouvoir par le juge administratif spécialement en 1953 au moment même où le Conseil d'État est au bord de l'asphyxie et que la décision est prise de créer des tribunaux administratifs démontre qu'elle répond particulièrement à ce besoin de désengorgement. Il aurait en effet pu invoquer cette théorie plus tôt notamment parce qu'elle n'est pas étrangère au juge administratif. D'ailleurs, la théorie de la cause juridique a été invoquée pour la première fois par le juge administratif dans le cadre du plein contentieux (contentieux contractuel) par une décision *Jourda de Vaux* de 1924⁴⁶. Ce n'est seulement qu'en 1953 qu'elle fera son apparition dans le contentieux de l'excès de pouvoir en matière de cassation contre un jugement d'une juridiction spécialisée, pour être ensuite

⁴¹ A ce propos, la décision *Intercopie* a été qualifiée de choquante par un membre du Conseil d'État : V. FOURNIER Jacques, *Itinéraire d'un fonctionnaire engagé*, Dalloz, 2008, p. 123.

⁴² BROUELLE Camille, *Contentieux administratif*, 7^e éd., LGDJ, 2019, p. 26.

⁴³ AUBY Jean-Marie, DRAGO Roland, *op. cit.*, p. 54.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ BROUELLE Camille, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁶ CE, 16 mai 1924, *Jourda de Vaux c/ Ministre de la Guerre*, n° 82824, Rec., p. 483.

transposée en première instance⁴⁷. Ainsi, l'application de la théorie de la cause juridique au contentieux de l'excès de pouvoir et donc la création de la légalité externe procède d'une volonté de désengorger le Conseil d'État et d'éviter préventivement par la suite d'engorger les tribunaux administratifs nouvellement créés.

Une autre raison, découlant aisément de la première, de l'application de la théorie de la cause dans le contentieux de l'excès de pouvoir provient d'un souhait de la juridiction administrative « *d'exiger des recours plus sérieux et dont les arguments soient plus précis ainsi que sur l'analyse plus approfondie des moyens d'annulation* »⁴⁸. Avant 1953, les avocats prenaient l'habitude de saisir le Conseil d'État par une requête très sommaire dans le délai de recours contentieux⁴⁹. Les moyens étaient très peu développés et seules les conclusions étaient expressément demandées, détaillées et rédigées dans le délai de recours contentieux. Le développement des moyens et des arguments au soutien des conclusions intervenaient longtemps après l'introduction de la requête dans un mémoire ampliatif, de sorte que l'examen des requêtes était étalé dans le temps et ne pouvait aboutir au jugement. Cette pratique était admise par le juge⁵⁰ jusqu'en 1953⁵¹, quand il a décidé que les requêtes devaient désormais comporter avant l'expiration du délai de recours contentieux les moyens de faits et de droit venant au soutien des conclusions. Si la classification issue de Laferrière, c'est-à-dire la classification ne comportant pas le regroupement des moyens en deux causes juridiques, permettait d'énoncer clairement les moyens de légalité pour demander l'annulation de la demande, la répartition de ceux-ci en deux causes juridiques rendait le développement des moyens, d'une part, plus cohérent, et d'autre part, moins radical pour le requérant qui n'était pas obligé de soulever tous les moyens avant l'expiration du délai mais seulement un seul issu d'une cause juridique.

2) Le choix controversé de la structuration des moyens en deux causes juridiques

⁴⁷ CE, ass., 15 juillet 1954, *Sté des aciéries et forges de Saint-François*, Rec., p. 482.

⁴⁸ AUBY Jean-Marie, DRAGO Roland, *op. cit.*, p. 180.

⁴⁹ AUBY Jean-Marie, DRAGO Roland, *op. cit.*, p. 163.

⁵⁰ CE, 13 juin 1936, *Ministre des PTT*, Rec., p. 647.

⁵¹ CE, 1^{er} juin 1953, *Vasnier*, Rec., p. 254.

Outre les critiques qui ont pu être adressées à la classification que l'on connaît aujourd'hui, c'est-à-dire celle distinguant les moyens de légalité externe et ceux de légalité interne, issue notamment des travaux de Roger Bonnard⁵² et de François Gazier⁵³ en ce qu'elle serait imparfaite⁵⁴, c'est surtout le découpage des moyens de légalité associé à l'introduction de la cause en excès de pouvoir qui semblent controversés. Non seulement la dissociation en deux causes juridiques des moyens de légalité en excès de pouvoir porte atteinte au caractère objectif du recours pour excès de pouvoir (a), mais l'introduction de la cause juridique en excès de pouvoir empruntée de la procédure civile est également mal adaptée dans ce type de contentieux (b).

a- L'atteinte portée au caractère objectif du REP

L'atteinte portée au caractère objectif du recours pour excès de pouvoir apparaît par la difficulté à considérer qu'un acte administratif illégal puisse ne pas être annulé si un requérant n'a pas soulevé un moyen relevant d'une cause juridique non introduite avant l'expiration du délai contentieux. Cet aspect objectif du recours s'oppose, ou à tout le moins ne se borne pas seulement, à ce qu'un requérant ne demande l'annulation d'un acte administratif illégal que pour un moyen en particulier dépendant de son propre intérêt. En effet et en raison du fait que le recours pour excès de pouvoir constitue, selon la formule attribuée à Édouard Laferrière, « *un procès fait à un acte* »⁵⁵, lorsqu'un requérant décide d'exercer ce recours dans son intérêt, il « *agit aussi pour la protection de la légalité en général* »⁵⁶. L'interdiction de soulever un nouveau moyen après l'expiration du délai de recours contentieux, relevant d'une cause juridique n'ayant pas été introduite avant cette expiration, empêche ce requérant d'agir « *pour la protection de la légalité en général* ».

⁵² BONNARD Roger, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., LGDJ, 1943, p. 97 et suiv., [en ligne], [consulté le 30 avril 2020], <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k3740071/f99.image>

⁵³ GAZIER François, « Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir », in *Études et Documents du Conseil d'État*, 1951, p. 77.

⁵⁴ AUBY Jean-Marie, DRAGO Roland, *op. cit.*, p. 532 : « Il serait vain de vouloir attribuer à une telle classification le caractère d'une vérité transcendante et d'une immutabilité éternelle. L'action administrative est complexe et multiforme, de sorte qu'on ne doit pas perdre de vue l'aspect artificiel d'une présentation détaillée des cas d'ouverture. » ; V. également KOUBI Geneviève, *Réflexions critiques à propos de la distinction entre légalité externe et légalité interne de l'acte administratif*, COLSON Jean-Philippe (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université de Montpellier 1, 1984.

⁵⁵ GUYOMAR Mattias, SEILLER Bertrand, *Contentieux administratif*, 5^e éd., Dalloz, 2019, p. 128.

⁵⁶ SIBIRIL Katy, *La notion d'intérêt en droit administratif français*, DOAT Mathieu (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université de Bretagne occidentale, 2012, p. 65.

Au contraire, ne pourrait-on pas considérer qu'il existe, non pas deux causes, mais une cause juridique que serait la légalité de l'acte administratif, d'autant qu'« *il est vrai que la légalité d'un acte au regard des normes qui lui sont supérieures ne comprend pas de distinction* »⁵⁷ ? Une réponse positive à cette interrogation aurait le mérite de redonner toute la vigueur au caractère objectif du recours pour excès de pouvoir⁵⁸. En tout état de cause, comme le rappelle le Professeur Paul Cassia, cette distinction fondée sur l'application de la théorie de la cause juridique « *ne s'impose pas avec la force de l'évidence* »⁵⁹. Cela est d'ailleurs d'autant plus vrai, que, par exemple, alors même que le recours en annulation dans le cadre du droit du contentieux de l'Union européenne est inspiré du modèle français du recours pour excès de pouvoir, la Cour de justice ne fait pas usage de la cause juridique⁶⁰.

Ainsi, la structuration des moyens de légalité en deux causes juridiques, que sont la légalité externe et la légalité interne, discrédite le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir.

b- Une structuration révélant une dénaturation

L'incorporation de la théorie de la cause juridique, induisant une structuration en deux du recours pour excès de pouvoir, issue du droit judiciaire⁶¹ et plus particulièrement du droit de la procédure civile dans le contentieux de l'excès de pouvoir semble mal adaptée⁶².

D'une part, la fonction à laquelle répond la cause juridique en procédure civile ne peut s'accommoder aisément dans le cadre d'un recours objectif tendant à l'annulation d'un acte pour illégalité. Le droit judiciaire entend, notamment, le principe de l'immutabilité du litige dont procède la cause juridique comme le moyen « *de déjouer le calcul d'une partie qui, en*

⁵⁷ BAILLEUL David, « Vers la fin des moyens nouveaux en REP ? », Dr. Adm., 4/2008, étude n°9.

⁵⁸ AUBY Jean-Marie, DRAGO Roland, *op. cit.*, p. 180.

⁵⁹ CASSIA Paul, « Moyens fondés sur une cause juridique nouvelle », in BONICHOT Jean-Claude, CASSIA Paul, POUJADE Bernard, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, 7^e éd., Dalloz, 2020, pp. 1074-1100.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ BAILLEUL David, *op. cit.*

⁶² V. pour une étude sur l'incorporation de la théorie de l'immutabilité de l'instance, et plus particulièrement de la notion de cause, en contentieux administratif : DENIZOT Arthur, « L'immutabilité de l'instance en contentieux administratif : un principe de procédure civile acclimaté aux spécificités du procès administratif », RFDA, 2018, p. 99.

soumettant au juge de nouvelles prétentions, tenterait (...) de surprendre l'adversaire et de l'empêcher de préparer utilement sa défense »⁶³. Or, le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir n'admet pas la notion de parties, à tout le moins de défendeur⁶⁴, puisqu'il s'agit d'un « *procès fait à un acte* ». Également, il paraît absurde d'affirmer qu'il soit possible dans le cadre d'un recours objectif pour apprécier la légalité d'un acte administratif de surprendre la partie adverse⁶⁵, c'est-à-dire l'Administration.

D'autre part, au moment de la transcription de la théorie de la cause du juge judiciaire par le juge administratif, la notion de cause n'était pas comprise de la même manière. Le juge administratif en faisant application de la cause a finalement dénaturé la manière selon laquelle le juge judiciaire entendait cette notion. En effet, ce dernier associe la cause à une dimension factuelle⁶⁶. C'est-à-dire qu'une cause juridique en droit de la procédure civile correspond à des faits précis. L'invocation de nouveaux faits constitue une nouvelle cause juridique. Ce n'est qu'en 2007⁶⁷ que la Cour de cassation a reconnu qu'une cause juridique pouvait être comprise comme un fondement juridique venant au soutien de la demande du demandeur, à l'instar d'un moyen d'annulation dans le cadre d'un contentieux en excès de pouvoir. Toutefois, en procédure civile l'invocation d'un nouveau fondement juridique par le demandeur ne constitue pas une nouvelle cause juridique en raison de la théorie de « *l'obligation de concentration des moyens* »⁶⁸. Dès lors et appliqué dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir, cela signifie que tous les moyens d'illégalités correspondent à une seule et même cause juridique et non pas à deux causes juridiques.

⁶³ VIZIOZ Henry, *Études de procédure*, Dalloz, 1956, réimp. 2011, p. 216.

⁶⁴ ODENT Raymond, *Contentieux administratif*, Les Cours de droit, pp. 1011-1012.

⁶⁵ La notion de partie adverse est un non-sens dans le contentieux de l'excès de pouvoir puisque le requérant n'attaque pas l'Administration mais un acte ; toutefois, c'est cette dernière qui répond en défense aux arguments du requérant en demande.

⁶⁶ CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, GUINCHARD Serge, MAYER Lucie, *Procédure civile*, 6^e éd., Dalloz, 2019, p. 128.

⁶⁷ Cass., ass. plén., 7 juillet 2006, Bull. n°8, p. 21.

⁶⁸ CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, GUINCHARD Serge, MAYER Lucie, *op. cit.*, p. 129.

Par conséquent, faire sienne d'une théorie issue du droit privé peut aboutir à la dénaturer⁶⁹ lorsque celle-ci est inadaptée dans son nouvel environnement⁷⁰.

La théorie de la cause juridique a été insérée par la jurisprudence *Intercopie* dans le contentieux de l'excès de pouvoir pour répondre, à titre principal, à l'engorgement que connaissait le Conseil d'État. Cette insertion s'est traduite par la division controversée et controversable des moyens de légalité en deux causes juridiques. Si elle répondait dès lors et de façon très concrète à un besoin pratique, il reste que son maintien ne correspond plus à sa raison d'être.

B/ La persistance dénuée d'intérêt pratique de la cause juridique

Le maintien de la cause juridique et donc de la légalité externe est aujourd'hui dénué d'intérêt pratique⁷¹ ; intérêt qui a pourtant justifié sa naissance dans le contentieux de l'excès de pouvoir par le juge administratif. Si la jurisprudence *Intercopie* de 1953 a inséré la notion de cause juridique comme obstacle à l'invocation de nouveaux moyens après l'expiration du délai de recours contentieux, cet obstacle est facilement contourné, d'une part, par les parties et plus particulièrement le requérant et son avocat (1), et d'autre part, par le juge lui-même grâce à son pouvoir réviseur (2).

⁶⁹ Toutefois, pour nuancer notre propos, nous renvoyons le lecteur aux écrits d'Henri Motulsky qui différencie trois conceptions de la cause juridique : « *Selon la première, la cause de la demande est constituée (...) par la règle de droit invoquée (...). Sans aller jusqu'à là, une autre doctrine trouve la « cause » dans l'acte ou le fait servant de fondement au droit réclamé et juridiquement qualifiés (...). Enfin, la troisième thèse (...) consiste à déclarer que la cause de la demande est constituée par les circonstances de fait invoquées en vue d'établir le droit subjectif par lequel se traduit juridiquement la prétention soumise au juge* », V. MOTULSKY Henri, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », Dalloz, 1964, p. 235, réimp. in MOTULSKY Henri, *Ecrits. Etudes et notes de procédure civile*, Dalloz, 2009, p. 101 et suiv.

⁷⁰ D'ailleurs, le Professeur Camille Broyelle n'affirme-t-elle pas que le principe d'immutabilité de l'instance en contentieux administratif « *ne concerne toutefois que les conclusions des parties* ». Dès lors, en contentieux administratif, le principe se traduirait uniquement par la mise en œuvre de l'objet de la demande (les conclusions) et non pas par la cause juridique (légalité externe et légalité interne) : V. BROUELLE Camille, *op. cit.*, p. 160.

⁷¹ V. en ce sens SAUSSEREAU Mathilde, « La cause de la demande a-t-elle encore sa place en contentieux administratif ? », RDP, 2003, p. 631.

1) Le contournement exogène de l'obstacle cause juridique

La pratique contentieuse aboutit à rendre inutile la cause juridique en ce qu'elle ne permettrait plus de fixer le cadre de l'instance et contournerait l'interdiction de soulever de nouveaux moyens issus d'une cause juridique non invoquée avant l'expiration du délai contentieux. Face à cela, le juge dispose d'un nouveau pouvoir pour éviter de soulever de nouveaux moyens jusqu'à la clôture de l'instruction remplaçant quelque peu la fonction de la cause juridique au stade de l'immutabilité de l'instance.

Comme le rappelait le Professeur Odent, pour éviter que le requérant ne puisse plus invoquer d'autres moyens durant l'instruction, il lui « *suffit qu' [il] ait invoqué, (...), au moins un moyen de légalité externe et un moyen de légalité interne dans le délai de recours contentieux* »⁷². Finalement, pour contrer le risque d'irrecevabilité d'un nouveau moyen, la pratique des requérants va les conduire à procéder – et il est même recommandé dans la pratique contentieuse de procéder ainsi - de cette manière aboutissant à deux incohérences de la raison d'être de la cause juridique dans le contentieux de l'excès de pouvoir. D'une part, alors même que la cause juridique a été introduite dans le contentieux de l'excès de pouvoir notamment pour rendre les requêtes des avocats plus précises et plus sérieuses⁷³, cette pratique contentieuse « *conduit fréquemment les parties à fonder artificiellement leur demande sur des moyens relevant de causes distinctes, afin de préserver l'avenir* »⁷⁴ ; moyens « *parfois totalement farfelus au stade de l'introduction du recours* »⁷⁵ voire « *fantaisistes* »⁷⁶ que « *les rapporteurs publics et sans doute les juges n'aiment évidemment pas (...). Mais [constituant] la seule méthode de se prémunir en cas de découverte ultérieure d'un moyen relevant d'une autre cause* »⁷⁷. Ces moyens « *totalement farfelus* » peuvent d'autant plus l'être que, malgré l'exigence de motivation des requêtes⁷⁸, le requérant peut se contenter d'une « *motivation sommaire* »⁷⁹ qu'il détaillera dans un mémoire ampliatif. D'autre part, si la raison principale de l'application de la théorie de la cause en excès de pouvoir avait pour intention de réduire les

⁷² ODENT Raymond, *op. cit.*, pp. 1097-1098.

⁷³ V. *supra* A/ 1).

⁷⁴ BROUELLE Camille, *op. cit.*, p. 165.

⁷⁵ CASSIA Paul, « Moyens fondés sur une cause juridique nouvelle », *op. cit.*

⁷⁶ ROUQUETTE Rémi, *Petit traité du procès administratif 2018/19*, 8^e éd., Dalloz, 2018, p. 440.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Art. R. 411-1 CJA : « [La requête] contient l'exposé des faits et moyens ».

⁷⁹ BROUELLE Camille, *op. cit.*, p. 140.

délais d'examen des requêtes en fixant l'instance, la pratique contentieuse n'aboutit, au contraire, pas à ce résultat. Ainsi des moyens de légalité pourront être soulevés à tout moment jusqu'à la clôture de l'instruction faisant toujours évoluer le litige et retardant le jugement⁸⁰.

Face à cette pratique contentieuse, le juge s'est vu reconnaître un pouvoir de cristallisation des moyens par l'article R. 611-7-1 du code de justice administrative issu du décret JADE du 2 novembre 2016⁸¹ qui dispose que « *lorsque l'affaire est en état d'être jugée, le président de la formation de jugement ou le président de la chambre chargée de l'instruction peut, sans clore l'instruction fixer par ordonnance la date à compter de laquelle les parties ne peuvent plus invoquer de moyens nouveaux* »⁸². Initialement, une telle possibilité pour le juge lui avait été reconnue dans le cadre du contentieux de l'urbanisme par un décret du 1^{er} octobre 2013⁸³, issue d'une proposition du Président Labetoulle⁸⁴ pour éviter « *l'allongement des délais d'instruction des recours contentieux devant le juge administratif* »⁸⁵. Toutefois, elle était limitée à une demande motivée d'une partie et réservée aux permis de construire, de démolir ou d'aménager. Aujourd'hui, ces deux réserves n'ont pas été reprises par le code de justice administrative puisque le juge administratif peut même d'office cristalliser les moyens sans attendre qu'une partie le lui demande et une telle cristallisation n'est pas restreinte aux recours portés contre certaines décisions administratives. A l'inverse, la cristallisation des moyens peut dans certains cas ne pas attendre que l'affaire soit en état d'être jugée et être automatique. L'article R. 611-7-2 CJA issu d'un décret de 2018⁸⁶ énonce en effet que « *lorsque la juridiction est saisie d'une décision mentionnée à l'article R. 311-5, les parties ne peuvent plus invoquer de moyens nouveaux passé un délai de deux mois à compter de la communication aux parties du premier mémoire en défense* ». Cantonnée à certaines décisions administratives en matière environnementale, cette disposition réglementaire inscrite dans le code de justice administrative

⁸⁰ BROUELLE Camille, *op. cit.*, p. 165.

⁸¹ Décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016 portant modification du code de justice administrative, publié au JORF n° 0257 du 4 novembre 2016.

⁸² Art. R. 611-7-1 CJA.

⁸³ Décret n° 2013-879 du 1^{er} octobre 2013 relatif au contentieux de l'urbanisme, publié au JORF n° 0229 du 2 octobre 2013, p. 16355 ; Article R*600-4 du Code de l'urbanisme (abrogé) : « *Saisi d'une demande motivée en ce sens, le juge devant lequel a été formé un recours contre un permis de construire, de démolir ou d'aménager peut fixer une date au-delà de laquelle des moyens nouveaux ne peuvent plus être invoqués.* »

⁸⁴ Rapport « Construction et droit au recours : pour un meilleur équilibre », LABETOULLE Daniel (dir.), 2013, 40 p. ; c'est d'ailleurs dans ce rapport que le Président Labetoulle reconnaît que la jurisprudence *Intercopie* « *a cependant des effets très peu contraignants en pratique* », p. 12.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 12.

⁸⁶ Décret n° 2018-1054 du 29 novembre 2019 relatif aux éoliennes terrestres, à l'autorisation environnementale et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit de l'environnement, publié au JORF n° 0278 du 1^{er} décembre 2018.

limite davantage la temporalité au sein de laquelle pourront être invoqués de nouveaux moyens. Si la technique de la cristallisation des moyens en contentieux de l'urbanisme a été généralisée, on peut aisément se demander si celle plus restrictive dans le contentieux environnemental ne sera pas introduite dans le contentieux administratif général⁸⁷. Finalement, la technique de la cristallisation des moyens semble indiscutablement prendre le pas sur celle issue de la jurisprudence *Intercopie*.

Une nuance est néanmoins à noter. Dans le cadre de la cristallisation du débat contentieux mis en œuvre notamment à travers la notion de cause juridique, il n'est pas possible pour le requérant qui était demandeur en première instance de soulever dans le cadre de l'appel ou de la cassation un nouveau moyen qui ne relève pas d'une cause qui n'aurait pas été soulevée en première instance⁸⁸. La cristallisation du débat perdure dès lors en appel et en cassation. Au contraire, une jurisprudence récente du Conseil d'État retient que la cristallisation des moyens ne continue pas en appel⁸⁹. Dès lors, la distinction entre la cristallisation du débat et la cristallisation des moyens procède de leur effet ou non en appel ou en cassation. Cependant, cette nuance peut elle-même être nuancée dans la mesure où, comme nous venons de le voir, les requérants ont pris l'habitude de soulever des moyens relevant des deux causes juridiques en première instance aboutissant en appel et en cassation à contourner l'obstacle découlant de la cristallisation du débat contentieux et à obtenir le même résultat à propos des effets de la cristallisation des moyens en appel et en cassation.

2) Le contournement endogène de l'obstacle cause juridique

⁸⁷ V. en ce sens Dossier spécial, « Dossier : Les contentieux spéciaux, un laboratoire du procès administratif ? », AJDA, 2020, p. 204.

⁸⁸ V. par exemple CE, 9 décembre 1992, *Richert*, n° 90058, mentionné aux tables du recueil Lebon.

⁸⁹ CE, 13 février 2019, *Sté active immobilier*, n° 425568, mentionné aux tables du recueil Lebon : « 2. (...) Le pouvoir ainsi reconnu au président de la formation de jugement est limité à l'instance pendante devant la juridiction à laquelle il appartient. Cette ordonnance perd son objet et cesse de produire ses effets avec la clôture de l'instruction dans le cadre de cette instance. Il s'ensuit qu'en cas d'appel, l'usage fait en première instance de la faculté prévue par l'article R. 611-7-1 du code de justice administrative est sans incidence sur la recevabilité des moyens que peuvent soulever les parties à l'appui de leurs conclusions d'appel. ».

L'autre raison, subsidiaire et marginale⁹⁰ par rapport à la précédente, qui explique que la cause juridique soit dénuée d'intérêt pratique provient du pouvoir réviseur⁹¹ du juge administratif, c'est-à-dire de la possibilité dont il dispose pour requalifier un moyen soulevé par une partie. L'hypothèse est la suivante : un requérant ne soulève que des moyens relevant d'une seule cause juridique ; après examen de ces derniers par le juge, il s'avère que le requérant a mal qualifié un des moyens, lequel se révèle être d'une autre cause juridique. Par conséquent, en requalifiant le moyen, le juge offre la possibilité pour ce requérant de soulever d'autres moyens relevant d'une autre cause juridique après l'expiration du recours contentieux. Un tel pouvoir est appréciable au regard de la difficulté de qualification de certains moyens de légalité.

Le pouvoir réviseur du juge administratif, c'est-à-dire de requalification d'un moyen, est conditionné par les écrits du requérant. Une telle possibilité ne doit en effet pas être un levier détourné pour le juge de soulever un moyen qui ne l'a pas été par le requérant en raison du fait que le juge est soumis à la règle de l'interdiction de l'*ultra petita* ; exception faite des moyens d'ordre public. Ce pouvoir est cependant non systématique « *variant au gré des magistrats, des requérants et des dossiers* »⁹². Le juge administratif n'est pas tenu de requalifier un moyen malgré les subtilités de certains d'entre eux. Il sera toutefois plus enclin à rectifier les moyens présentés par les parties si elles ne sont pas représentées par un avocat⁹³.

Parmi les moyens difficiles à qualifier et donc à rattacher à une cause juridique en particulier, on retrouve notamment le moyen tiré de l'incompétence négative définie par Laferrière comme le « *cas où une autorité, au lieu de franchir les limites de sa compétence, reste en deçà, et refuse de faire un acte de son ressort en déclarant qu'elle n'a pas qualité pour l'accomplir* »⁹⁴. S'il est tentant de la rattacher au moyen tiré de l'incompétence, il reste que la jurisprudence considère qu'il s'agit d'une erreur de droit⁹⁵ ; moyen de légalité interne et non externe. Également, le juge assimile à la légalité interne l'exception tirée de l'illégalité de la base légale

⁹⁰ Cette justification, à elle seule, ne peut pas expliquer le manque d'intérêt pratique de la cause juridique ; elle y participe néanmoins. C'est la raison pour laquelle nous l'évoquons.

⁹¹ LELLIG Wendy, *L'office du juge administratif de la légalité*, CLAMOUR Guylain (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université de Montpellier, 2015, pp. 84-85.

⁹² *Ibid.*

⁹³ AUBY Jean-Marie, DRAGO Roland, *Traité de contentieux administratif*, t. II, LGDJ, 1962, pp. 182-183.

⁹⁴ LAFERRIERE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. II, 1^{ère} éd., Berger-Levrault, 1888, p. 491, cité par MELLERAY Fabrice, « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation », Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, 2007.

⁹⁵ CE, sect., 28 septembre 1983, *Mme Saurin*, n° 41008, publiée au recueil Lebon : « ... le ministre du travail qui a méconnu l'étendue de sa compétence et a ainsi commis une erreur de droit ... ».

d'un acte même si cette illégalité repose sur un vice de forme ou de procédure⁹⁶ ou encore le vice tiré de l'irrégularité de la procédure interne à l'entreprise en cas de licenciement d'un salarié protégé⁹⁷. Ces exemples non exhaustifs montrent que le pouvoir réviseur du juge s'avère parfois bien utile.

§2. Une justification ambivalente : l'autorité de la chose jugée

Comme le rappelle le Professeur Paul Cassia⁹⁸, l'autre élément justifiant la cause juridique et donc la légalité externe concerne l'autorité de chose jugée. Un jugement est revêtu de l'autorité de la chose jugée dès qu'il est lu, signifiant que « *ce qui a été jugé ne peut être remis en cause ni par la juridiction qui a statué ni par une autre (sauf dans le cadre d'une voie de recours) (...) ce qui a été jugé est [alors] intangible* »⁹⁹. Cependant, seule l'autorité relative de chose jugée attachée aux décisions juridictionnelles de rejet¹⁰⁰ emploie la notion de cause et justifie son existence, voire sa nécessité (A). A l'inverse, les décisions juridictionnelles dotées de l'autorité absolue de chose jugée, c'est-à-dire les décisions juridictionnelles d'annulation¹⁰¹, sont indifférentes à la cause juridique puisqu'elles ne peuvent tout simplement pas être remises en cause « *non seulement dans le cadre d'un recours portant sur le même différend mais aussi dans le cadre d'un procès relatif à un litige distinct* »¹⁰². S'ils sont indifférents à la notion de cause, les jugements revêtus de l'autorité absolue de chose jugée ont pourtant pour effet de réduire la portée de la légalité externe en tant que cause juridique au profit de la légalité interne (B). Partant, il semble que l'autorité de la chose jugée soit ambivalente pour l'existence de la légalité externe. En un sens, elle en réduit la portée. En un autre sens, elle en justifie son existence.

⁹⁶ CE, 22 mars 1978, *Groupement foncier agricole des Cinq Ponts*, n° 01713, mentionné aux tables du recueil Lebon.

⁹⁷ CE, ass., 3 mars 1978, *Soubourou*, n° 01421, publié au recueil Lebon.

⁹⁸ CASSIA Paul, « Moyens fondés sur une cause juridique nouvelle », *op. cit.*

⁹⁹ BROYELLE Camille, *op. cit.*, p. 335.

¹⁰⁰ CE, 27 octobre 1965, *Blagny*, Rec., p. 559.

¹⁰¹ V. par exemple CE, 29 février 1952, *Kagan*, Rec., p. 143 ; CE, 21 mars 1961, *Simonet*, Rec., p. 211.

¹⁰² BROYELLE Camille, *op. cit.*, p. 345.

A/ L'autorité relative de chose jugée, plaider en faveur de la cause

« L'autorité de chose jugée est le critère essentiel qui caractérise une juridiction »¹⁰³ et « un attribut procédural du jugement »¹⁰⁴. L'acte qui tranche le litige, à savoir le jugement, l'arrêt ou encore la décision, est revêtu d'une vérité légale constituée par l'autorité de chose jugée. Le Professeur Marcel Waline résumait ainsi les choses : « l'élément essentiel qui me paraît caractériser la juridiction, c'est l'autorité de chose jugée qui s'attache à ses décisions, c'est-à-dire le fait que ce qui a été jugé, sous réserve des voies de recours, ne peut plus être remis en question, et s'impose de façon définitive à toutes les parties en cause. C'est ce que Gaston Jèze exprimait en parlant de la force de vérité légale qui s'attache à ce qui a été jugé »¹⁰⁵. Les actes juridictionnels de la juridiction administrative sont dès lors dotés de l'autorité de chose jugée tant il est incontestable que la juridiction administrative constitue bien une juridiction malgré les critiques¹⁰⁶. En l'absence d'un tel attribut, ils seraient aisément comparables à une décision administrative prise sur un recours administratif¹⁰⁷ ; d'autant qu'au XIX^e siècle, recours pour excès de pouvoir et recours administratif étaient synonymes dans la mesure où le recours pour excès de pouvoir n'était pas considéré comme un recours juridictionnel.

Exceptées les décisions d'annulation revêtues de l'autorité absolue de chose jugée et s'appliquant dès lors à tous et non pas aux seules parties, le contentieux de l'excès de pouvoir a emprunté la méthode issue de la procédure civile pour identifier¹⁰⁸ l'autorité relative de chose jugée des décisions juridictionnelles de rejet, en vertu de l'ancien article 1351 devenu 1355 du

¹⁰³ RASSON Anne, « La valeur de la distinction entre autorité absolue et autorité relative de la chose jugée », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2012, pp. 593-612.

¹⁰⁴ FRICERO Natalie, « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », in Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin, *Principes de justice*, Dalloz, 2008, p. 199.

¹⁰⁵ WALINE Marcel, « Préface de la première édition », in FAVOREU Louis, PHILIP Loïc (créateur), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 17^e éd., Dalloz, 2013, pp. XI-XVI.

¹⁰⁶ V. notamment en ce sens : CHEVALLIER Jacques, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970, réimp. 2015, 324 p. ; PACTEAU Bernard, *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, PUF, 2003, 265p., BUI-XAN Olivia, « Faveur et tour extérieur », in GUGLIELMI Gilles (dir.), *La faveur et le droit*, PUF, 2009, p. 227 ; CHABANOL Daniel, « Le jour où l'histoire de la juridiction administrative a basculé. La décision de rattacher au Conseil d'État la gestion des membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel », in Mélanges en l'honneur de Marceau Long, *Le service public*, Dalloz, 2016, p. 111 ; MILANO Laure, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », RFDA, 2014, p. 1119 ; RENAULT Thérèse, « Quelle critique des juges administratifs ? », *Délibérée*, 2017/1 (n°1), pp. 33-37.

¹⁰⁷ V. par exemple AUBY Jean-Marie, DRAGO Roland, *op. cit.*, p. 422 et suiv.

¹⁰⁸ CE, 21 janvier 1955, *Muller*, Rec., p. 41.

Code civil. A la suite d'une décision juridictionnelle de rejet, un requérant qui souhaiterait ressaisir le juge administratif pour faire annuler la même décision administrative objet du premier recours pourra se voir opposer l'autorité relative de chose jugée si : d'une part, l'objet de la demande est le même (l'annulation de la même décision administrative) et d'autre part, la cause juridique sur laquelle il se fonde est la même qu'au premier recours – l'identité de parties ne posant pas de difficultés. C'est donc logiquement que l'autorité de chose jugée fait partie intégrante du contentieux de l'excès de pouvoir.

Par conséquent, l'autorité relative de chose jugée constitue bel et bien un plaidoyer en faveur de la cause. Toutefois, il en va autrement de l'autorité absolue de chose jugée ; à tout le moins à l'encontre de la légalité externe en tant que cause juridique.

B/ L'effet utile de l'autorité absolue de chose jugée, facteur de distorsion des causes juridiques au détriment de la légalité externe

L'autorité absolue de chose jugée dont sont revêtus les jugements d'annulation est indifférente à la notion de cause juridique. Ainsi, elle ne justifie pas en elle-même l'existence de la cause juridique dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Pourtant, elle n'est pas sans conséquence sur la légalité externe.

Dans un souci de sécurité juridique, le juge administratif annulera un acte administratif sur un moyen de légalité¹⁰⁹ le mieux à même de régler au fond l'affaire et de purger le litige : c'est l'effet utile de l'autorité absolue de chose jugée. Néanmoins, il n'est en rien tenu de procéder de cette manière, sauf si le requérant le lui oblige. Dans ce cas, les moyens de légalité interne seront majoritairement¹¹⁰ privilégiés au détriment des moyens de légalité externe car « *la mesure annulée pour un motif de forme pourra, en principe, être reprise dans des conditions régulières tandis que l'annulation pour un motif de fond empêchera, le plus souvent,*

¹⁰⁹ A condition qu'il ait été soulevé par le requérant, sauf les moyens d'ordre public.

¹¹⁰ V. en ce sens BROUELLE Camille, *op. cit.*, pp. 269-270 : « *Dans la pratique, le requérant imposera le plus souvent (mais pas nécessairement) que les moyens de légalité interne soient examinés avant les moyens de légalité externe, augmentant ainsi ses chances de voir le litige vidé une fois pour toutes* ».

l'administration de reprendre le même acte »¹¹¹ (2). Si l'effet utile de l'autorité absolue de chose jugée entraîne une distorsion des causes juridiques du recours pour excès de pouvoir, cette dernière est avant tout la conséquence de l'adoption par le juge administratif de la pratique de l'économie de moyens¹¹² (1).

1) La pratique de l'économie de moyen, réel facteur de distorsion

Plutôt que de fustiger uniquement l'effet utile de l'autorité absolue de chose jugée comme étant facteur de distorsion des causes juridiques au détriment de la légalité externe, c'est davantage vers la pratique¹¹³ de l'économie des moyens qu'il faut se tourner. Finalement, l'effet utile n'est qu'une conséquence de la pratique de l'économie de moyens par le juge administratif et ne peut dès lors être tenu seul responsable de la hiérarchie entre la légalité interne et externe. L'effet utile existe seulement du fait de la présence de la théorie de l'économie des moyens en contentieux administratif. Au contraire, en l'absence de cette dernière, le juge administratif n'aurait pas besoin de choisir un moyen soulevé par le requérant pour annuler l'acte objet du recours puisqu'il devrait répondre à tous les moyens soulevés par le requérant, ou à tout le moins ceux susceptibles d'entraîner l'annulation de l'acte. Toutefois, si la pratique de l'économie des moyens constitue un facteur de distorsion des causes juridiques au détriment de la légalité externe, il reste qu'il n'en est pas la cause unique. En effet, le juge est libre¹¹⁴ de

¹¹¹ AUBY Jean-Marie, DRAGO Roland, *op. cit.*, pp. 532-533 ; V. également : Concl. de KAHN J., sur CE, 23 mars 1956, *Dame Veuve Ginestet*, n° 3587, Rec. p. 141 : « dans l'ensemble, on peut définir l'illégalité externe comme celle qui, une fois constatée, laisse intacte la faculté, pour l'administration, de refaire l'acte sans violer la chose jugée par le juge de l'excès de pouvoir. Au contraire, l'annulation pour illégalité interne peut être comprise comme celle qui, sauf exception, interdit à l'administration de reprendre la même décision ».

¹¹² V. à propos de la pratique de l'économie de moyens : SAGNIER Pierre-Yves, *Le juge administratif et l'économie des moyens*, CARTON Olivier (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université de Lille, 2019.

¹¹³ DIEU Frédéric, « La règle de l'économie de moyens doit-elle paralyser le pouvoir d'injonction du juge administratif ? », AJDA, 2009, p. 1082 : « l'économie de moyens est une pratique du juge administratif qui ressort plus de la coutume que de la règle de droit. Aucune disposition législative ou réglementaire, en particulier aucune disposition du code de justice administrative, n'impose au juge administratif d'y avoir recours. »

¹¹⁴ CE, sect., 21 décembre 2018, *Sté Eden*, n° 409678, publié au recueil Lebon : « 6. Le motif par lequel le juge de l'excès de pouvoir juge fondé l'un quelconque des moyens de légalité soulevés devant lui ou des moyens d'ordre public qu'il relève d'office suffit à justifier l'annulation de la décision administrative contestée. Il s'ensuit que, sauf dispositions législatives contraires, le juge de l'excès de pouvoir n'est en principe pas tenu, pour faire droit aux conclusions à fin d'annulation dont il est saisi, de se prononcer sur d'autres moyens que celui qu'il retient explicitement comme étant fondé. (...) 8. Lorsque le juge de l'excès de pouvoir annule une décision administrative alors que plusieurs moyens sont de nature à justifier l'annulation, il lui revient, en principe, de choisir de fonder

choisir un moyen de légalité externe ou un moyen de légalité interne¹¹⁵ ; l'ordre naturel d'examen des moyens privilégiant même une annulation sur un moyen de légalité externe plutôt que sur un moyen de légalité interne¹¹⁶. En tout état de cause, les justifications à cette technique de motivation des jugements d'annulation ne remettent pas en question les critiques¹¹⁷ qui peuvent lui être assignées et son influence, que l'on pourrait qualifier d'indirecte à ce stade, sur le délaissement de la légalité externe au profit de la légalité interne.

La pratique de l'économie des moyens implique que le juge n'est pas tenu de répondre à tous les moyens soulevés par le requérant lorsqu'il décide d'annuler l'acte administratif, même si d'autres sont susceptibles de l'annuler¹¹⁸. De surcroît, le juge est d'autant plus libre qu'il n'a pas à justifier la raison pour laquelle il préfère tel moyen plutôt que tel autre. La pratique de l'économie de moyens répond à plusieurs objectifs¹¹⁹ : d'une part, elle « allège la charge de travail des magistrats »¹²⁰ ; d'autre part, elle « facilite l'intelligibilité »¹²¹ de la décision d'annulation ; enfin, « en dispensant le juge de répondre à des moyens délicats, elle solidifie la décision et, (...), lui permet, (...) de s'abstenir de trancher une question de droit »¹²². Également, l'adoption d'une telle pratique renvoie à l'origine historique de la juridiction administrative et à l'idée de concision et de brièveté des décisions de justice¹²³.

Cependant, ces raisons se heurtent à certaines critiques et notamment à celles de porter atteinte à la sécurité juridique puisque n'ayant qu'une vision partielle de la légalité de l'acte administratif, l'administration pourra reprendre un acte administratif entachée d'illégalité, sauf de celle ayant permis l'annulation du précédent acte. C'est notamment pour des

l'annulation sur le moyen qui lui paraît le mieux à même de régler le litige, au vu de l'ensemble des circonstances de l'affaire. »

¹¹⁵ V. en ce sens : BRECHOT François-Xavier, « Pouvoir d'injonction et économie de moyens : une évolution qui se fait attendre », AJDA, 2018, p. 398.

¹¹⁶ V. en ce sens : VEDEL Georges, « Préface », in CALOGEROPOULOS André, *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, thèse de doctorat, droit public, Université Paris II, publiée chez LGDJ, 1983, 390 p., pp. I-IV.

¹¹⁷ Pour des critiques sur la pratique de l'économie des moyens dans un recours objectif, voir notamment : CHAPUS René, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., LGDJ, 2008, n° 1083 ; CHAPUS René, « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », in *Études et documents du Conseil d'État*, 1977-1978, pp. 62-64.

¹¹⁸ La référence dans une décision juridictionnelle de l'emploi de l'économie de moyen est attestée par la mention « sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête ».

¹¹⁹ SAGNIER Pierre-Yves, « Le requérant, le juge et la hiérarchie des demandes », RFDA, 2019, p. 293.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid.*

¹²³ MALHIÈRE Fanny, « Énoncer – Les méthodes de rédaction des décisions de justice en droit administratif », in Association française pour la recherche en droit administratif, *Les méthodes en droit administratif*, Dalloz, 2018, p. 57.

considérations liées à la sécurité juridique¹²⁴ que le contentieux de l'urbanisme interdit au juge administratif de pouvoir pratiquer l'économie de moyens de ses jugements. L'article L. 600-4-1¹²⁵ du Code de l'urbanisme dispose en effet que « *lorsqu'elle annule pour excès de pouvoir un acte intervenu en matière d'urbanisme ou en ordonne la suspension, la juridiction administrative se prononce sur l'ensemble des moyens de la requête qu'elle estime susceptible de fonder l'annulation ou la suspension, en l'état du dossier* ». Le renoncement à l'économie des moyens permet d'identifier toutes les illégalités, à tout le moins celles soulevées, et ainsi rend moins incertaine l'exécution du jugement¹²⁶. Surtout, une potentielle obligation de statuer sur tous les moyens soulevés par le requérant susceptibles d'entraîner l'annulation d'un acte administratif empêcherait la possibilité de hiérarchiser les causes juridiques en ce qu'un moyen provenant de telle ou de telle autre cause ne serait pas privilégié. C'est d'ailleurs dans cette perspective que certains auteurs suggèrent l'abandon dans certains cas de la pratique de l'économie de moyens pour purger un litige tout en évitant une hiérarchie des moyens¹²⁷.

Ainsi, en l'absence dans le cadre général du contentieux de l'excès de pouvoir d'une obligation de statuer sur tous les moyens soulevés par le requérant, à tout le moins de ceux susceptibles d'entraîner l'annulation d'un acte administratif, la pratique de l'économie des moyens permet au juge de choisir le moyen sur lequel fonder son annulation. Celui-ci sera majoritairement issu de la légalité interne si le juge est obligé de donner un effet utile à sa décision.

2) Vers une objectivisation d'une hiérarchie des causes juridiques ?

La hiérarchie des causes juridiques¹²⁸ au profit de la légalité interne et au détriment de la légalité externe n'est officiellement possible que sur demande du requérant (a). Toutefois, le

¹²⁴ JANICOT Laëtitia, « Les silences du jugement », RDP, 2012, p. 1064.

¹²⁵ Créé par la Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 *relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, publiée au JORF n° 289 du 14 décembre 2000, p. 19777.

¹²⁶ HEINIS Marc, « Le défi de qualité », AJDA, 2007, p. 713.

¹²⁷ V. notamment DOMINO Xavier, STAHL Jacques-Henri, « Injonctions : le juge administratif face aux réalités », AJDA, 2011, p. 2226 : « *lorsqu'il est saisi, [le juge administratif] l'est d'une situation juridique, d'un conflit, qu'il lui appartient de régler le plus complètement et le plus profondément possible. (...) il faudrait, accepter [alors], soit que l'économie de moyens ne demeure pas toujours la règle, soit que les moyens dans une requête puissent être hiérarchisés entre les principaux et les subsidiaires* ».

¹²⁸ V. à ce propos BUTERI Karine, « Existe-t-il une hiérarchisation des vices de légalité en fonction de la cause juridique à laquelle ils se rattachent ? », in QUEMENER Valérie (dir.), *La hiérarchie des illégalités – Vie*

renouvellement de l'office du juge tend à objectiviser, c'est-à-dire à consacrer un principe de prévalence de la légalité interne sur la légalité externe (b).

a- Un refus affirmé par la dépendance du juge aux demandes du requérant

De sa propre initiative, le juge administratif ne peut pas hiérarchiser les causes juridiques lors de son examen, à tout le moins pas officiellement. Seul le requérant peut le contraindre à procéder de cette manière depuis la décision *Société Eden* du 21 décembre 2018¹²⁹. Si cette hiérarchie reflètera les intérêts des demandeurs, le fait qu'elle émane uniquement d'une demande du requérant a surtout pour but d'éviter de pouvoir accuser le juge administratif de « *reléguer la légalité externe des actes administratifs au second plan* »¹³⁰. En tout état de cause, deux moyens mis en œuvre par le requérant sont susceptibles de hiérarchiser les causes juridiques¹³¹ au détriment de la légalité externe le plus souvent : d'une part, lorsque le requérant ajoute à ses conclusions principales à fin d'annulation des conclusions accessoires à fin d'injonction (i), et d'autre part, lorsque le requérant effectue expressément cette hiérarchie dans sa demande (ii).

i. Une distorsion résultant d'une demande d'injonction du requérant

L'ajout par le requérant de conclusions à fin d'injonction oblige le juge administratif à examiner les moyens présentés par le requérant selon un ordre précis dépendant de leur

Rencontres Tribunal administratif/ Faculté de droit de Pau, 2019 [actes du colloque organisé le 27 septembre 2019 non publiés].

¹²⁹ CE, sect., 21 décembre 2018, *Sté EDEN*, n° 409678, publié au recueil Lebon.

¹³⁰ Concl. de ROUSSEL Sophie, sur CE, sect., 21 décembre 2018, *Sté EDEN*, *op. cit.*

¹³¹ Le déclin de la théorie de la cause juridique dans le contentieux de l'excès de pouvoir est ici à relativiser. Depuis la décision *Sté Eden* de 2018, la cause a trouvé une nouvelle fonction, c'est-à-dire celle de permettre une hiérarchie entre la légalité externe et la légalité interne afin de donner un effet utile à un jugement d'annulation ; V. en ce sens : ROUSSEL Florian, « La jurisprudence *Société Eden*, un an après », *AJDA*, 2020, p. 868. Il sera néanmoins démontré ici un déclin de la légalité externe en tant que cause juridique et non pas de la théorie juridique en tant que telle.

rattachement à leur cause juridique respective. Une telle soumission du juge permet de donner plein effet aux demandes d'injonction introduites par le législateur en 1995¹³².

Dans l'affaire *Société Eden*, le requérant s'était vu refuser un renouvellement d'agrément par le préfet. Il saisit le tribunal administratif d'un recours pour excès de pouvoir tendant à l'annulation de cette décision de refus tout en assortissant ses conclusions principales de conclusions accessoires, à titre principal, à fin d'injonction de délivrance de l'agrément au titre de l'article L. 911-1 CJA¹³³, et, à titre subsidiaire, à fin d'injonction de réexamen de la demande au titre de l'article L. 911-2 du code¹³⁴. Le tribunal annule la décision sur un moyen de vice de procédure, accueille sa demande d'injonction à titre subsidiaire, mais rejette celle à titre principal ; et la Cour administrative d'appel rejette son appel confirmant une jurisprudence classique selon laquelle un requérant ayant eu gain de cause n'a pas intérêt à agir pour interjeter appel¹³⁵, quand bien même d'autres moyens auraient été plus à même de purger le litige au fond lorsque le requérant ajoute des conclusions à fin d'injonction¹³⁶. A la suite du pourvoi en cassation devant le Conseil d'État, ce dernier décide de juger dans un considérant de principe que « *lorsque le requérant choisit de présenter, outre des conclusions à fins d'annulation, des conclusions à fin d'injonction tendant à ce que le juge enjoigne à l'autorité administrative de prendre une décision dans un sens déterminé, il incombe au juge de l'excès de pouvoir d'examiner prioritairement les moyens qui seraient de nature, étant fondés, à justifier le prononcé de l'injonction demandée. Il en va également ainsi lorsque des conclusions à fin d'injonction sont présentées à titre principal sur le fondement de l'article L. 911-1 du code de justice administrative et à titre subsidiaire sur le fondement de l'article L. 911-2* »¹³⁷. Comme le précise Sophie Roussel dans ses conclusions, les demandes d'injonction, « *d'une certaine façon, épous[ent] les deux causes juridiques* »¹³⁸. C'est-à-dire qu'une demande d'injonction au titre de l'article L 911-1 du code fera prévaloir les moyens de légalité interne, tandis que celle

¹³² Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, publiée au *JORF* n° 0034 du 9 février 1995, p. 2175, article 62.

¹³³ Article L911-1 du Code de justice administrative : « *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, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution.* »

¹³⁴ Article L911-2 du Code de justice administrative : « *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 à nouveau une décision après une nouvelle instruction, la juridiction saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision juridictionnelle, que cette nouvelle décision doit intervenir dans un délai déterminé.* »

¹³⁵ CE, sect., 13 décembre 2002, *Morez*, n° 243109, publié au recueil Lebon.

¹³⁶ CE, 5 octobre 2011, *Commune de Mauguio*, n° 326310, inédite au recueil Lebon.

¹³⁷ CE, sect., 21 décembre 2018, *Sté Eden*, *op. cit.*

¹³⁸ Concl. de ROUSSEL Sophie, *op. cit.*

au titre de l'article L. 911-2 renverra aux moyens de légalité externe. Dès lors, en demandant à titre principal une injonction de prise de décision dans un sens déterminé, et à titre subsidiaire, une injonction de réexamen, cela revient à demander *de facto* au juge qu'il examine d'abord les moyens de légalité interne, et le cas échéant s'il ne donne pas satisfaction à la première demande, les moyens de légalité externe¹³⁹.

Bien que, dans la majorité des cas, cela aboutit à délaissier la légalité externe au profit de la légalité interne, il reste que la décision *Sté Eden* est favorable pour le requérant. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle elle était très attendue ; à tout le moins une réforme rénovant l'office du juge de l'excès de pouvoir saisi à titre accessoire de conclusions à fin d'injonction¹⁴⁰. En effet, selon les propos du rapporteur public Sophie Roussel, la hiérarchie des injonctions présentée par le requérant était « *sans réelle portée* »¹⁴¹ et le requérant n'avait dès lors « *aucune prise sur l'office du juge de l'annulation* »¹⁴². L'ancienne liberté laissée au juge avant la décision *Sté Eden* résultait d'une étrangeté de la pratique contentieuse incarnée par la schizophrénie du juge de l'excès de pouvoir en tant qu'il était – est toujours – juge d'annulation et juge de l'exécution préventive et curative. Il était mis en avant que si le juge de l'annulation choisissait un moyen de légalité externe même si un moyen de légalité interne soulevé par le requérant permettait l'annulation de l'acte administratif, le juge de l'exécution préventive ne pouvait donner suite à la demande d'injonction principale de prise de décision dans un sens déterminé et ne pouvait seulement accorder la demande subsidiaire tenant à enjoindre à l'administration de réexaminer l'acte¹⁴³. Le juge de l'exécution était tenu par le choix du moyen d'annulation du juge de l'annulation. Or, insistons sur cet aspect absurde : le juge de l'annulation et le juge de l'exécution étaient – sont – une seule et même personne¹⁴⁴ ; une telle dissociation ayant pour but de préserver la distinction entre le recours de plein contentieux et le recours pour excès de

¹³⁹ V. par exemple CE, 5 avril 2019, *Sté Mandataires judiciaires associés et autres*, n° 413712, publié au recueil Lebon.

¹⁴⁰ V. en ce sens CHAUVAUX Didier, GIRARDOT Thierry-Xavier, « Précision quant à l'office du juge de l'injonction », AJDA, 1997, p. 584 ; DOMINO Xavier, STAHL Jacques-Henri, *op. cit.* ; ZARCA Alexis, « Les limites du pouvoir d'injonction », RFDA, 2015, p. 615 ; DIEU Frédéric, *op. cit.* ; GRAND D'ESNON Jenny, « Quel office du juge de l'injonction dans le cadre de l'article L. 911-1 du code de justice administrative ? », AJDA, 2010, p. 36 ; BRECHOT François-Xavier, « Pouvoir d'injonction et économie de moyens : une évolution qui se fait attendre », AJDA, 2018, p. 398.

¹⁴¹ Concl. de ROUSSEL Sophie, *op. cit.*

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ V. notamment ZARCA Alexis, *op. cit.*

¹⁴⁴ MELLERAY Fabrice, *Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, (du) BOIS de GAUDUSSON Jean (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université Bordeaux 4, 2000, publiée chez LGDJ, p. 92 et suiv.

pouvoir depuis l'introduction en 1995 du pouvoir d'injonction¹⁴⁵. Il était ainsi nécessaire que l'office du juge de l'excès de pouvoir soit renouvelé en la matière.

- ii. Une distorsion résultant de la volonté expresse du requérant

Au-delà de la hiérarchie des causes juridiques induite indirectement par une demande d'injonction du requérant, cette hiérarchie peut également être directe si le demandeur en exprime expressément la volonté. C'est ce que prévoit la décision *Sté Eden* en affirmant que « lorsque le requérant choisit de hiérarchiser, avant l'expiration du délai de recours, les prétentions qu'il soumet au juge de l'excès de pouvoir en fonction de la cause juridique sur laquelle reposent, à titre principal, ses conclusions à fin d'annulation, il incombe au juge de l'excès de pouvoir de statuer en respectant cette hiérarchisation, c'est-à-dire en examinant prioritairement les moyens qui se rattachent à la cause juridique correspondant à la demande principale du requérant. »¹⁴⁶.

Une telle possibilité a été proposée par le rapporteur public Sophie Roussel. Elle considère que, linéairement, si la hiérarchie des causes juridiques découlant des demandes d'injonction du requérant est possible indirectement, alors il doit être loisible au requérant, de façon directe, de pouvoir hiérarchiser les causes juridiques. La hiérarchie des causes plutôt que celle des moyens a été préférée car les requérants sans ministère d'avocat auraient, d'une part, plus de difficulté à pouvoir aisément hiérarchiser des moyens plutôt que des causes en raison de la subtilité inhérente à leur rattachement, et d'autre part, parce que cela pourrait *in fine* nuire à leurs intérêts¹⁴⁷. Surtout, cette possibilité émanant exclusivement du requérant et non de l'initiative – interdite (officiellement) – du juge administratif, vient en réponse, comme un compromis, à ce que Xavier Domino et Jacques-Henri Stahl appelaient de leurs vœux à savoir que le juge de l'annulation devrait être tenu, de façon générale et non pas uniquement lorsqu'il est saisi de conclusions à fin d'injonction, « de régler le plus complètement et le plus profondément possible »¹⁴⁸ une situation juridique.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ CE, sect., 21 décembre 2018, *Sté Eden*, *op. cit.*

¹⁴⁷ Concl. de ROUSSEL Sophie, *op. cit.*

¹⁴⁸ DOMINO Xavier, STAHL Jacques-Henri, *op. cit.*

b- *Le renouvellement de l'office du juge, premier pas vers une objectivisation d'une hiérarchie des causes*

La hiérarchie des causes juridiques au détriment de la légalité externe et au profit de la légalité interne tend à devenir une règle objective, détachée d'une soumission aux demandes du requérant, qui s'imposerait au juge pour l'examen des moyens de légalité d'un acte administratif. Cette perspective ferait écho à ce que le Président Khan affirmait déjà en 1969 à savoir que le juge devrait être obligé de façon objective à choisir le moyen « *qui, ayant la portée la plus générale, est de nature à éclairer davantage l'administration* »¹⁴⁹, mettant dès lors fin à la liberté du juge de pouvoir choisir librement le moyen d'annulation. *De facto* pour répondre à une telle obligation, le juge devrait examiner les moyens de légalité interne avant les moyens de légalité externe¹⁵⁰ aboutissant à une objectivisation d'une hiérarchie des causes juridiques. En tout état de cause et en l'état de la jurisprudence actuelle, une telle objectivisation a été refusée par le Conseil d'État par la décision *Sté Eden* dans laquelle il réaffirme la liberté de principe du juge administratif dans le choix du moyen d'annulation. Au contraire, les juges du Palais-Royal ont marqué leur préférence pour une subjectivisation d'une hiérarchie des causes, c'est-à-dire une hiérarchie des causes imposée et voulue par le requérant dans sa requête. Néanmoins, après la lecture de la décision *Sté Eden*, une loi en date du 23 mars 2019¹⁵¹ est intervenue pour renouveler l'office du juge administratif. Depuis lors, le juge administratif peut d'office prescrire une mesure d'injonction¹⁵². Cette dernière n'est alors plus l'apanage du requérant. Par conséquent, la question se pose de savoir si l'obligation faite au juge d' « *examiner prioritairement les moyens qui seraient de nature, étant fondés, à justifier le prononcé de l'injonction demandée* »¹⁵³, revenant *de facto* et dans la majorité des cas à examiner prioritairement les moyens de légalité interne, lorsqu'il est saisi d'une demande d'injonction par le requérant, s'impose également dans le cas où il décide de prescrire d'office

¹⁴⁹ Concl. de KHAN Jean, sur CE, ass., 12 décembre 1969, *Sieur de Talleyrand-Périgord*, n° 73969, publié au recueil Lebon.

¹⁵⁰ V. notamment Concl. de CHAUVAUX Didier, sur CE, 28 février 2001, *MM. Philippart et Lesage*, n° 230112 & 230520, publié au recueil Lebon.

¹⁵¹ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 *de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, publiée au JORF n° 0071 du 24 mars 2019.

¹⁵² V. art. L 911-1 al. 2 CJA et art. L. 911-2 al. 2 CJA.

¹⁵³ CE, sect., 21 décembre 2018, *Sté Eden*, *op. cit*

une injonction. Par extension, cela aboutirait à imposer au juge administratif lorsqu'il décide de prescrire d'office une mesure d'injonction au titre de l'article L. 911-1 CJA d'examiner prioritairement les moyens de légalité interne. Plus globalement, ne peut-on pas concevoir que le juge administratif soit toujours tenu, à titre principal, d'enjoindre l'administration sur le fondement de l'article L. 911-1 CJA et, seulement le cas échéant, sur le fondement de l'article L. 911-2 CJA ? Répondre de façon positive à cette interrogation aurait pour conséquence d'imposer un ordre d'examen des moyens de légalité au profit de la légalité interne.

Ainsi, une difficulté se pose dans l'hypothèse suivante: un requérant a-t-il intérêt à interjeter appel pour demander la réformation d'un jugement d'annulation dans le cas où après avoir fondé sa demande d'annulation sur des moyens de légalité externe et des moyens de légalité interne, tous susceptibles d'entraîner l'annulation de l'acte administratif, le juge de première instance décide de prescrire d'office une mesure d'injonction, non pas au titre de l'article L. 911-1 CJA, mais plutôt au titre de l'article L. 911-2 CJA, conduisant à privilégier les moyens de légalité externe pour imposer à l'administration d'instruire à nouveau une demande pour faire naître un nouvel acte administratif alors même que des moyens de légalité interne auraient pu obliger l'administration de prendre une nouvelle décision dans un sens déterminé ? Pour Florian Roussel, la réponse est négative puisque « *le demandeur ne pourra pas contester un jugement se bornant à une injonction de réexamen* »¹⁵⁴.

Une jurisprudence récente¹⁵⁵ laisse à penser, d'une part, que le juge se refuserait à une objectivisation d'une hiérarchisation des causes juridiques malgré le renouvellement de l'office du juge permis par la loi du 23 mars 2019, et d'autre part, que le choix de la mesure d'injonction (soit au titre de l'article L. 911-1 CJA, soit au titre de l'article L. 911-2 CJA) dépendrait des moyens susceptibles d'annuler l'acte administratif ; et non pas l'inverse, c'est-à-dire que le juge administratif ne choisirait pas d'abord discrétionnairement une mesure d'injonction et en ferait dépendre dès lors le choix d'un moyen d'annulation¹⁵⁶. Si dans la décision du 5 juillet 2019, *Fédération française du transport de personnes*, le Conseil d'État annule l'acte administratif sur un moyen de légalité interne et prescrit une mesure d'injonction d'office au titre de l'article

¹⁵⁴ ROUSSEL Florian, *op. cit.*

¹⁵⁵ CE, 5 juillet 2019, *Fédération française du transport de personnes*, n° 413040, publié au recueil Lebon.

¹⁵⁶ Si le fait, pour le juge, de choisir d'abord la mesure d'injonction, puis le moyen d'annulation pouvant lui donner pleine satisfaction semble peu logique dans la mesure où il serait plus judicieux de choisir d'abord le moyen d'annulation puis ensuite la mesure d'injonction, il reste que cela serait en adéquation avec la méthode du requérant. En effet, ce dernier choisit d'abord sa mesure d'injonction, charge ensuite pour le juge de trouver le moyen d'annulation pour donner plein effet à la mesure d'injonction.

L. 911-1 CJA, il analyse néanmoins le moyen tiré de la légalité externe de l'acte malgré la pratique de l'économie des moyens. Cela signifie que malgré la mise en œuvre de la mesure d'injonction issue de l'article L. 911-1 CJA, le juge examine pourtant les moyens de légalité externe. D'ailleurs dans cette décision, il examine dans un premier temps les moyens de légalité externe, puis dans un second temps les moyens de légalité interne démontrant son refus à une hiérarchisation des causes juridiques. Au contraire, en cas de demande d'injonction de la part du requérant, le juge administratif est tenu de hiérarchiser les causes juridiques¹⁵⁷ et si le requérant ajoute à ses conclusions principales des conclusions accessoires demandant une injonction au titre de l'article L. 911-1 CJA, le juge sera tenu d'examiner les moyens de légalité interne en priorité ; ce qui ne semble pas s'appliquer en cas de prescription d'office d'une mesure d'injonction. Par ailleurs, le fait que le choix de la mesure d'injonction découlerait des moyens susceptibles d'annuler l'acte administratif, laisse à penser que le juge serait tenu, à titre principal, de prononcer une injonction sur le fondement de l'article L. 911-1 CJA, et le cas échéant, sur le fondement de l'article L. 911-2 CJA ; et ne pourrait pas prononcer une mesure d'injonction sur le fondement de l'article L. 911-2 CJA si un moyen de légalité interne permettait au juge d'imposer à l'administration de prendre une décision administrative dans un sens déterminé. Néanmoins, il est difficile de tirer des conclusions définitives à la suite de cette décision, notamment pour deux raisons. D'une part, parce qu'aucun moyen de légalité externe permettait l'annulation de l'acte. Dès lors, si un moyen de légalité externe et un moyen de légalité interne avaient permis l'annulation, le Conseil d'État aurait-il quand même obligé le juge à fonder, à titre principal, son injonction sur le fondement de l'article L. 911-1 CJA ? Ou au contraire, n'aurait-il pas laissé la liberté à ce dernier pour choisir le type d'injonction ? D'autre part, en examinant un moyen de légalité externe non susceptible d'annuler la décision administrative, le juge administratif donne à penser qu'en cas de prononcé d'une mesure d'injonction d'office, il abandonnerait la pratique de l'économie de moyens. Or, un tel abandon serait, en l'état, très surprenant tant elle est utilisée.

En tout état de cause en l'absence de réponse claire¹⁵⁸, le nouveau pouvoir du juge administratif constitue indéniablement un premier pas vers une potentielle objectivisation d'une hiérarchie des causes. Finalement, une telle hiérarchie au profit de la légalité interne et au détriment de la légalité externe semble avoir été admise depuis la création des causes juridiques, regroupant

¹⁵⁷ V. *supra* a-

¹⁵⁸ Notamment, les conclusions de Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE sur CE, 5 juillet 2019, *op. cit.*, sont silencieuses en la matière.

notamment les moyens de légalité externe entre eux. La lecture de l'une des sources de la création de la classification des cas d'ouverture pour excès de pouvoir nous rappelle que François Gazier admettait déjà que « *l'annulation externe a une valeur moindre que l'annulation interne* »¹⁵⁹.

Ainsi, la légalité externe en tant que cause juridique perd de sa raison d'être. En cela, une telle perte de sens constitue un élément de son déclin. Toutefois, il n'est pas le seul. La légalité externe en tant qu'un ensemble de moyens est aussi sur la voie du déclin.

Section 2.- Une perte de cohérence au sein de la cause juridique

En introduction, nous nous étions demandés, notamment, si le traitement à l'égard du vice de procédure et du vice de forme amenant à son déclin n'aboutissait pas à altérer la légalité externe dans son entièreté. En effet, une telle interrogation est légitime dans la mesure où elle conduit à faire perdre l'harmonie et la cohérence de moyens regroupés sous une même bannière. Elle est, d'autant plus, légitime que la réponse est positive et que ce manque d'harmonie et de cohérence sont plus profonds. Comme nous le verrons, il existe une dissonance au stade de l'examen des moyens de légalité externe (§1) ainsi qu'une dissonance au stade de la sanction de ceux-ci (§2). De telles dissonances en altèrent alors nécessairement et mécaniquement la légalité externe.

§1. Une dissonance au stade de l'examen des moyens de légalité externe

L'existence d'une dissonance au stade de l'examen des moyens de légalité externe est rendue possible par une différenciation systématisée (A). Toutefois, cette systématisation de la

¹⁵⁹ GAZIER François, « Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir », in *Études et Documents du Conseil d'État*, 1951, p. 77.

différenciation possède en-elle-même des différenciations qui accentuent cette dissonance altérant la légalité externe (B).

A/ Une différenciation systématisée

La systématisation de la différenciation a été rendue possible par l'application d'instruments contentieux spécifiques que l'on pourrait désigner comme des instruments de la différenciation (1). L'utilisation de ces derniers induit des conséquences qui renforcent cette différenciation des moyens de légalité externe (2).

1) Les instruments de la différenciation

Les instruments permettant la mise en œuvre d'une différenciation¹⁶⁰ dans l'examen des moyens de légalité externe sont au nombre de deux. Il s'agit d'une part, du relevé d'office (a), et d'autre part, du critère du vice substantiel (b).

a- Le relevé d'office

Le premier instrument de différenciation des moyens de légalité externe prend la forme du relevé d'office. Il permet une différence dans l'examen des moyens de légalité externe à deux titres : d'une part, du fait qu'il ne s'applique qu'aux moyens d'ordre public, et d'autre part, du fait qu'il est utilisable même après l'expiration du délai de recours contentieux.

Applicable aux moyens d'ordre public¹⁶¹, c'est-à-dire aux irrégularités graves, le relevé d'office permet au juge administratif de soulever un moyen que le requérant n'aurait pas invoqué dans

¹⁶⁰ La notion d'instrument de différenciation est empruntée à celle utilisée par André Calogeropoulos. Toutefois, elle ne regroupe pas la même chose ; elle est entendue d'une manière quelque peu différente. V. CALOGEROPOULOS André, *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, thèse de doctorat, droit public, Université Paris II, publiée chez LGDJ, 1983, pp. 177 et suiv.

¹⁶¹ V. notamment pour la différence entre un moyen d'ordre public et un moyen relevé d'office BOURRACHOT François, CHABANOL Daniel, *Code de justice administrative*, 9^e éd., Éditions du Moniteur, 2019, p. 704.

sa requête¹⁶². En cela, il entraîne notamment une dérogation à l'interdiction faite au juge de relever des moyens de légalité pour suppléer le requérant, c'est-à-dire à l'interdiction de juger *ultra petita* ; avec pour seule exigence l'obligation pour le juge d'en avertir les parties afin de respecter le principe du contradictoire¹⁶³. Même si le recours pour excès de pouvoir est considéré comme ayant un caractère objectif et que l'on pourrait alors légitimement concevoir que tous les moyens d'annulation devraient être d'ordre public, « *le juge n'a jamais admis que tous les moyens fussent d'ordre public* »¹⁶⁴. Seule une partie des moyens de légalité peuvent être qualifiés d'ordre public. Toutefois, la caractérisation et l'identification d'un moyen d'ordre public ne répond à aucune règle, expliquant d'ailleurs qu'un moyen d'ordre public se définit davantage par son régime que par son contenu¹⁶⁵. La notion est « *insaisissable, rebelle à toute définition conceptuelle* »¹⁶⁶. En tout état de cause, qualifier un moyen d'ordre public par le juge, c'est, d'une part, permettre que le juge puisse le relever d'office, et, c'est, d'autre part, dire indirectement que l'illégalité en cause est si grave¹⁶⁷ que si le juge ne pouvait s'en saisir malgré la carence des parties il « *méconnaîtrait lui-même la règle de droit qu'il a mission de faire respecter* »¹⁶⁸. C'est d'ailleurs en cela que la faculté de soulever ce moyen d'office constitue sa « *caractéristique première* »¹⁶⁹. Finalement, l'instrument du relevé d'office permet, avant tout, de différencier les irrégularités graves de celles qui ne le sont pas ; à tout le moins de celles qui le sont moins.

En outre, si la technique du relevé d'office constitue un instrument de différenciation en ce qu'elle s'applique uniquement aux moyens d'ordre public et non pas aux autres moyens d'annulation du recours pour excès de pouvoir, elle l'est également en ce qu'elle permet à ces moyens d'être soulevables même après l'expiration du délai de recours contentieux ne souffrant dès lors pas de la cristallisation de la demande¹⁷⁰, contrairement aux autres moyens. En effet, un moyen d'ordre public peut être relevé d'office par le juge, ou même être soulevé par le

¹⁶² L'identification d'un moyen relevé d'office dans une décision juridictionnelle est attestée par la mention « *sans qu'il soit besoin d'examiner les moyens de la requête* », v. par exemple CE, 12 février 2020, *M. G et autres*, n° 425401, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

¹⁶³ Art. R. 611-7 CJA.

¹⁶⁴ AUBY Jean-Marie, DRAGO Roland, *Traité de contentieux administratif*, t. II, LGDJ, 1962, p. 534.

¹⁶⁵ *Ibid.* ; V. également LELLIG Wendy, *L'office du juge administratif de la légalité*, CLAMOUR Guylain (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université de Montpellier, 2015, pp. 87 et suiv.

¹⁶⁶ BONNEAU Thierry, DORSNER-DOLIVET Annick, « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », Dalloz- Sirey, 1986, Chronique VIII, pp. 59-66.

¹⁶⁷ V. notamment CHAPUS René, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Montchrestien, 2001, p. 1020.

¹⁶⁸ ODENT Raymond, *Contentieux administratif*, Les Cours de droit, p. 1205.

¹⁶⁹ HOUSTIOU René, *Procédures et formes de l'acte administratif en droit français*, LGDJ, 1975, p. 302.

¹⁷⁰ V. *supra* Section 1-

requérant, pour la première fois en appel. La carence des juges en première instance donne droit pour le requérant à la réformation du jugement même si le requérant n'a pas soulevé un autre moyen se rattachant à la même cause juridique que le moyen soulevé d'office¹⁷¹. Un moyen d'ordre public peut, enfin et plus simplement, être soulevé après le délai de recours contentieux en première instance peu importe que la cause juridique à laquelle ce moyen d'ordre public se rattache ait été ou non soulevée dans le délai de recours contentieux. Le relevé d'office empêche aux moyens auxquels il s'applique qu'ils ne souffrent de la règle issue de la jurisprudence *Intercopie*, contrairement aux autres moyens ordinaires.

b- Le critère du vice substantiel

Le deuxième instrument de différenciation des moyens de légalité externe prend la forme du critère du vice substantiel. Il est un outil de différenciation tant en raison du fait qu'il ne s'applique qu'au vice de procédure et non au vice de forme¹⁷² et d'incompétence¹⁷³ qu'en considération également du fait qu'il distingue les vices de procédure *stricto sensu* en vice grave ou non. Clarifié en 2011 par la jurisprudence *Danthony*¹⁷⁴ (i), il révèle alors, d'une part, une certaine ambiguïté dans le rattachement du vice de procédure à la légalité externe (ii), et d'autre part, il confirme la présence de droits subjectifs dans un contentieux objectif n'admettant en principe que des droits objectifs (iii). Surtout, la clarification opérée par la jurisprudence *Danthony* a entraîné une unification du contrôle du juge à l'égard des vices de procédure, portant atteinte au respect des procédures obligatoires imposées par le législateur.

i. La clarification pernicieuse du critère par la jurisprudence Danthony

¹⁷¹ CE, 25 juillet 2007, *SA SAUR France*, n° 285720, inédite au recueil Lebon.

¹⁷² CE, 7 décembre 2016, *Caisse d'assurance retraite et de santé au travail d'Aquitaine*, n°386304, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

¹⁷³ V. en ce sens CALOGEROPOULOS André, *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, thèse de doctorat, droit public, Université Paris II, publiée chez LGDJ, 1983, pp. 237 et suiv.

¹⁷⁴ CE, ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n° 335033, publié au recueil Lebon.

Le critère du vice substantiel est un instrument qui n'est pas apparu avec la jurisprudence *Danthony*. En effet, le juge administratif l'employait déjà depuis longtemps dans la mesure où il a toujours rejeté un formalisme excessif¹⁷⁵. Toutefois, depuis 2011, le Conseil d'État est venu clarifier ce que recouvre la notion de vice substantiel, tout en portant alors atteinte au respect des procédures obligatoires imposées par le législateur.

Avant la jurisprudence *Danthony*, il était difficile d'appréhender le critère du vice substantiel en raison d'une incertitude quant à ce qu'il recouvrait, liée notamment à ses diverses significations. Ces dernières se révélaient à travers l'application de deux approches d'appréciation du vice de procédure par le juge administratif¹⁷⁶ : d'une part, l'approche *in abstracto*, et d'autre part, l'approche *in concreto*. Concernant l'approche *in abstracto*, le critère du vice substantiel¹⁷⁷ s'attachait « *indépendamment des données propres à chaque espèce, à la formalité considérée dans son principe, sans qu'il y ait à rechercher l'incidence concrète de sa méconnaissance sur le sens de la décision* »¹⁷⁸ ; une formalité « *qui, en [elle-même, touche] à la substance, à l'essence de l'acte* »¹⁷⁹. Autrement dit, le juge administratif n'avait pas besoin d'examiner les conséquences du vice de procédure en l'espèce puisque la méconnaissance – l'irrégularité - de la procédure était en elle-même une violation de la légalité. A l'inverse, concernant l'approche *in concreto*, l'application du critère du vice substantiel avait pour but d'évaluer « *les conséquences effectives qu'a eues le vice constitué par cette méconnaissance qui sont prises en considération dans une appréciation portée après coup et englobant l'ensemble des circonstances de l'espèce* »¹⁸⁰. L'emploi de ce type de contrôle consistait pour le juge « *à se placer au niveau non de la formalité mais du vice effectivement constaté* »¹⁸¹ pour apprécier seulement ensuite une potentielle violation de la légalité. C'est-à-dire que l'irrégularité commise par l'administration n'était pas en elle-même illégale et une analyse de l'espèce était nécessaire pour en déduire une illégalité. Ainsi, avec l'approche *in abstracto*,

¹⁷⁵ L'emploi de l'expression « formalisme excessif » ne renvoie pas à la notion de « formalité non substantielle », différente de celle de « vice substantiel » ; V. notamment : Concl. de DACOSTA Bertrand sur CE, 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n° 305420, publié au recueil Lebon ; DOUTEAUD Stéphanie, « Jurisprudence *Danthony* : théorie des moyens inopérants, des formalités non substantielles ou des vices non substantiels ? », RFDA, 2018, p. 109.

¹⁷⁶ LABETOULLE Daniel, « Le vice de procédure, parent pauvre de l'évolution du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation », in Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo, Dalloz, 2009, pp. 479-487.

¹⁷⁷ Plutôt que d'évoquer la notion de « vice substantiel », il serait à ce propos plus correct d'employer la notion de « formalité substantielle » pour cibler l'approche *in abstracto* et celle de « vice substantiel » pour viser l'approche *in concreto* ; V. à ce propos DOUTEAUD Stéphanie, *op. cit.*

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ Concl. de DUMORTIER Gaëlle sur CE, 23 décembre 2011, *op. cit.*

¹⁸⁰ LABETOULLE Daniel, *op. cit.*

¹⁸¹ Concl. de DUMORTIER Gaëlle, *op. cit.*

l'illégalité était constatée *ipso jure*, tandis qu'avec l'approche *in concreto*, l'illégalité n'était constatée qu'*a posteriori* après appréciation des faits.

Ces deux approches étaient appliquées de façon « discrétionnaire » par le juge et il n'était pas aisé de connaître par avance dans quel cas telle ou telle approche allait être utilisée. *A priori*, en matière de consultation obligatoire, l'approche *in abstracto* était appliquée¹⁸². En revanche, comme le rappelle le rapporteur public Gaëlle Dumortier dans ses conclusions sur l'affaire *Danthony*, l'emploi de l'approche *in abstracto* à l'égard d'une irrégularité entachant une consultation obligatoire n'était pas une règle immuable dans la mesure où dans certaines décisions, le Conseil d'État a pu apprécier l'irrégularité invoquée par le requérant pour en constater une absence d'illégalité¹⁸³ ; même lorsque l'irrégularité en question n'était pas une simple irrégularité mais l'omission d'une consultation obligatoire¹⁸⁴. A l'inverse concernant les consultations facultatives, leur « omission »¹⁸⁵ ou lorsqu'elles étaient mises en œuvre mais de façon irrégulière n'entraînaient aucune appréciation, elles n'étaient pas considérées comme illégales¹⁸⁶ ; sauf en matière disciplinaire¹⁸⁷. Un changement est ensuite intervenu à propos des consultations facultatives pour apprécier leur irrégularité, soit parce qu'elles privaient le requérant d'une garantie¹⁸⁸, soit parce qu'elle avait eu une influence sur le sens de la décision¹⁸⁹.

Prenant appui sur le législateur de 2011¹⁹⁰, la jurisprudence *Danthony* a consacré l'approche *in concreto* de façon exclusive pour l'ensemble des vices de procédure. L'article 70 de la loi du 17 mai 2011 disposait que seules les irrégularités commises durant la consultation d'un organisme « susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu [pouvaient], le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision »¹⁹¹. Ne

¹⁸² V. par exemple CE, 3 décembre 2003, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports*, n° 232574, publié au recueil Lebon.

¹⁸³ V. par exemple CE, 21 janvier 1953, *Cail*, n° 91661, publié aux tables du recueil Lebon ; CE, 11 janvier 1980, *Laveau*, n° 10680, publié au recueil Lebon ; CE, ass., 18 avril 1969, *Meunié*, n° 72251, publié au recueil Lebon ; CE, 30 janvier 1981, *Syndicat national unifié des auto-prothésistes*, n° 12432, publié au recueil Lebon.

¹⁸⁴ CE, ass., 7 mars 1975, *Association des amis de l'abbaye de Fontevraud*, n° 89011, publié au recueil Lebon ; CE, 4 février 1994, *Ministre de l'éducation nationale c/ SGEN-CFDT-93*, n° 116323, publié aux tables du recueil Lebon ; CE, 7 avril 2010, *Laboratoire Pasteur Cerba*, n° 325883, publié aux tables du recueil Lebon.

¹⁸⁵ Il est paradoxal d'imaginer d'omettre une procédure qui n'est que facultative puisque par définition le non-recours à une procédure non obligatoire n'est pas une omission mais l'exercice d'un droit à ne pas la mettre en œuvre.

¹⁸⁶ V. par exemple CE, 30 mars 1927, *Poli*, n° 97616, publié au recueil Lebon.

¹⁸⁷ V. par exemple CE, sect., 9 décembre 1932, *Laurent*, n° 10475, publié au recueil Lebon.

¹⁸⁸ CE, 22 juin 1963, *Albert*, n° 51115, publié au recueil Lebon.

¹⁸⁹ CE, sect., 19 mars 1976, *Ministre de l'économie c/ Bonnebaigt*, n° 98266, publié au recueil Lebon.

¹⁹⁰ Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 *de simplification et d'amélioration de la qualité du droit*, publiée au *JORF* n° 0115 du 18 mai 2011, p. 8537, article 70.

¹⁹¹ *Ibid.*

faisant pas la différence entre consultation obligatoire ou consultation facultative, « *l'intention du législateur*¹⁹² [était, selon Gaëlle Dumortier] *d'étendre aux consultations obligatoires le contrôle concret systématique* »¹⁹³, c'est-à-dire l'approche *in concreto*, dévolu jusqu'alors aux consultations non obligatoires. Face aux insuffisances de précision de l'article 70¹⁹⁴, la décision *Danthony* apparaît alors comme un palliatif dans la mesure où désormais l'approche *in concreto* s'applique également en cas d'omission d'une consultation et n'est pas seulement comprise comme l'appréciation d'une « influence sur le sens de la décision » mais aussi comme ayant privé le requérant d'une garantie. Dès lors, « *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* »¹⁹⁵.

La clarification opérée par la jurisprudence *Danthony* apparaît comme une réponse au rapport de l'ancien député et président de la Commission des lois, M. Jean-Luc Warsmann¹⁹⁶, adressé au Premier ministre, pointant du doigt la profusion du nombre de consultations en France¹⁹⁷ et prônant la suppression de « *la quasi-totalité des consultations obligatoires, afin d'organiser la consultation sur de nouvelles bases* »¹⁹⁸, notamment parce qu'elles « *coûtent cher sans que leur valeur ajoutée soit toujours prouvée* »¹⁹⁹ et qu'elles sont davantage perçues par les décideurs comme des « *contraintes* »²⁰⁰. De plus, les conséquences contentieuses d'une annulation pour un vice de forme ou de procédure apparaissent, selon le juge ou l'Administration, comme disproportionnées et contrevenant dès lors au principe de la sécurité juridique. Malgré ces considérations, il reste toutefois que la jurisprudence *Danthony* porte atteinte au respect des dispositions législatives qui imposent des procédures obligatoires²⁰¹. Or, selon Hélène Pauliat, « *le formalisme (...) ne doit pas (...) être négligé tant il apporte des garanties aux administrés*

¹⁹² V. notamment Rapport n° 2095 de M. Etienne BLANC, fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, sur la proposition de loi de M. Jean-Luc WARSMANN (n° 1890) de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, déposé le 24 novembre 2009, p. 183 et suiv.

¹⁹³ Concl. de DUMORTIER Gaëlle, *op. cit.*

¹⁹⁴ Pour les insuffisances du champ d'application de cet article, V. Concl. de DUMORTIER Gaëlle, *op. cit.*

¹⁹⁵ CE, ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, *op. cit.*

¹⁹⁶ WARSMANN Jean-Luc, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, La documentation française, 2009, 240 p.

¹⁹⁷ WARSMANN Jean-Luc, *op. cit.*, p. 34 et suiv.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ V. en ce sens CASSIA Paul, *La République du futur*, Libre & Solidaire, 2019, p. 316.

et une forme de légitimité à l'action administrative »²⁰². L'application de la jurisprudence *Danthony* à toutes sortes de procédures y compris obligatoires amène à sacrifier le formalisme au profit de « la sécurité juridique et [de] la performance administrative »²⁰³. Il est alors consternant que l'omission d'une procédure obligatoire puisse ne pas être illégale ; beaucoup plus qu'une simple irrégularité commise lors d'une procédure obligatoire. Partant, cela n'exhorte pas l'administration à respecter les procédures imposées par le législateur²⁰⁴. Il est cependant à noter que malgré le critère du vice substantiel applicable aux consultations obligatoires, la plupart du temps, l'omission d'une procédure obligatoire est considérée comme illégale par le juge et non pas neutralisée²⁰⁵.

ii. Une clarification révélant une ambiguïté du rattachement du vice de procédure à la légalité externe

La clarification opérée par la jurisprudence *Danthony* pour l'appréciation d'un vice de procédure, et plus particulièrement l'évaluation par le juge d'une irrégularité pour savoir si elle a eu une influence sur le contenu de la décision, révèle une certaine ambiguïté du rattachement du vice de procédure à la légalité externe. En effet, la légalité externe renvoie à « la façon dont on a décidé »²⁰⁶, contrairement à « ce qui a été décidé »²⁰⁷, c'est-à-dire à la légalité interne. Les moyens de légalité externe correspondent aux aspects extérieurs de la décision administrative tandis que les moyens de légalité interne coïncident avec le contenu de la décision. Incontestablement, la procédure aboutissant à l'édition d'un acte administratif se rapporte aux aspects formels et extérieurs de celui-ci et non à son contenu ; conformément à son rattachement à la légalité externe²⁰⁸. Or, l'application du critère du vice substantiel tel que clarifié par la jurisprudence *Danthony*, en cas d'irrégularité ou d'omission commise rapproche le moyen tiré du vice de procédure de la légalité interne. En recherchant si l'irrégularité en cause a été

²⁰² PAULIAT Hélène, « Le formalisme des décisions administratives », JCP Administrations et Collectivités territoriales, n° 23, 2020, p. 2162.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ CASSIA Paul, *op. cit.*

²⁰⁵ MAMOUDY Olga, « Sécurité juridique et hiérarchie des illégalités dans le contentieux de l'excès de pouvoir », AJDA, 2019, p. 1108.

²⁰⁶ CHAPUS René, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Montchrestien, 2001, p. 1023.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ CE, 25 juin 1958, *Bilger*, publié au recueil Lebon.

susceptible d'influencer le sens de la décision, le juge administratif s'intéresse non pas uniquement aux aspects extérieurs de la décision administrative mais au contenu de celle-ci. Inversement, avec l'approche *in abstracto*, seul l'aspect formel de la décision comptait, peu importe que l'irrégularité ait exercé une influence sur le contenu de celle-ci. Finalement, depuis 2011, le juge ne sanctionne plus une irrégularité parce que l'aspect formel, et donc la légalité externe, a été méconnu mais plutôt parce que le contenu de l'acte, la légalité interne, a subi des désagréments du fait du non-respect de la procédure administrative.

Bien entendu, l'instauration de procédures administratives a toujours répondu aux soucis de faire naître des décisions matures, dans un certain sens et tout en évitant de potentielles erreurs²⁰⁹ : elles sont indispensables à une bonne administration. Partant, la procédure influe nécessairement sur la légalité interne de l'acte administratif²¹⁰. Mais en admettant une approche *in abstracto* dans le contrôle de son manquement, le juge s'attachait uniquement à l'aspect extérieur de l'acte administratif, à la légalité externe *stricto sensu*. A l'inverse, la consécration de l'approche *in concreto* ne cantonne plus le contrôle du vice de procédure par le juge aux seuls aspects formels mais également au contenu de la décision. Par conséquent, l'utilisation du critère du vice substantiel pour apprécier un vice de procédure en tant qu'il aurait pu influencer sur le sens de la décision révèle une ambiguïté dans son rattachement à la légalité externe.

iii. Une clarification confirmant la subjectivisation du recours pour excès de pouvoir

²⁰⁹ Concl. de DUMORTIER Gaëlle, *op. cit.* ; V. également pour l'importance de la procédure administrative : (de) GERANDO Joseph-Marie, *De la procédure administrative*, Thémis, 1822 ; SEILLER Bertrand, « L'administrateur éclairé. La procédure administrative non contentieuse selon Gérando », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, 2013, pp. 425-445, [en ligne], [consulté le 25 mai 2020], https://univ-droit.fr/docs/recherche/rhfd/pdf/033-2013/33-2013_p425-445.pdf ; HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., 1901, pp. 225 et suiv., [en ligne], [consulté le 25 mai 2020], <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k105506c/f238.item> ; ISAAC Guy, *La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, 1968, 732 p. ; LANGROD Georges, « Procédure administrative et droit administratif », *RDP*, 1948, p. 549.

²¹⁰ V. en ce sens HOSTIOU René, « Préface », in DUPUIS Georges, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral*, thèse de doctorat, droit public, Rennes 1, 1970, publié chez LGDJ, 353 p., p. IV et suiv.

La clarification opérée par la jurisprudence Danthony confirme²¹¹ également la présence de droits subjectifs dans un contentieux se voulant pourtant objectif²¹² : elle participe à la « *subjectivisation du contrôle de l'excès de pouvoir* »²¹³. Effectivement, exceptée l'hypothèse alternative liée à l'influence sur le sens de la décision, un vice de procédure n'est susceptible d'entraîner l'annulation d'un acte administratif que s'il « *a privé les intéressés d'une garantie* »²¹⁴. Peu importe l'importance de la procédure, si dans l'espèce, le requérant n'a pas été privé d'une garantie, il ne pourra pas prétendre à annuler l'acte administratif pour vice de procédure. Lorsqu'un requérant a été privé d'une garantie, cela signifie que sa situation individuelle a été touchée. Par extension, lorsqu'il saisit le juge d'un recours pour excès de pouvoir pour demander l'annulation d'un acte administratif car une irrégularité a été commise dans la procédure administrative et que cette irrégularité l'a privé selon lui d'une garantie, le requérant ne demande pas au juge de rechercher « *si un acte a méconnu une règle ou une situation générale ou objective* »²¹⁵ mais plutôt d'apprécier « *la violation par un acte d'une situation juridique subjective* »²¹⁶ qu'est la sienne. Or, l'appréciation de « *la violation par un acte d'une situation juridique subjective* » constitue la définition du contentieux subjectif selon le manuel de contentieux administratif d'Auby et Drago, tandis que la recherche pour savoir « *si un acte a méconnu une règle ou une situation générale ou objective* » caractérise un contentieux objectif. Selon Pierre Delvolvé, cet élément subjectif du recours pour excès de pouvoir ferait écho à l'évolution de la légalité administrative²¹⁷. Surtout, une telle appréciation subjective du vice de procédure aboutit à ne plus cantonner le juge de l'excès de pouvoir à être « *le gardien de la légalité administrative et de l'intérêt général* »²¹⁸, mais au contraire à « *être aussi, à sa mesure, un défenseur ou même un arbitre des intérêts particuliers* »²¹⁹. Ainsi, « *l'analyse du juge quitte le terrain de la violation objective d'une formalité imposée par un*

²¹¹ Cette prise de conscience n'est pas nouvelle ; V. à ce propos : GUILLIEN Raymond, « Essai sur une réforme générale du contentieux administratif », Dalloz, 1955, p. 97 ; KORNPROBST Bruno, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, 1959, 393 p. ; LETOURNEUR Maxime, « L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir », EDCE, 1953, n°7, p. 66.

²¹² SIRINELLI Jean, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », RFDA, 2016, p. 529.

²¹³ SAUVE Jean-Marc, « L'avenir du modèle français de droit public en Europe », Propos introductifs au colloque sur L'avenir du modèle français de droit public en Europe organisé le 11 mars 2011, [en ligne], [consulté le 25 mai 2020], <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-avenir-du-modele-francais-de-droit-public-en-europe>

²¹⁴ CE, ass., 23 décembre 2011, Danthony, *op. cit.*

²¹⁵ AUBY Jean-Marie, DRAGO Roland, *Traité de contentieux administratif*, t. II, LGDJ, 1962, p. 429

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ DELVOLE Pierre, « Droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif », in Association française pour la recherche en droit administratif, *Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis, 2011, 238 p., p. 3.

²¹⁸ SIRINELLI Jean, *op. cit.*

²¹⁹ *Ibid.*

texte pour s'intéresser aux effets subjectifs de cette méconnaissance au regard du processus décisionnel »²²⁰.

2) Les conséquences de l'utilisation d'instruments de différenciation

L'utilisation d'instruments de différenciation, que sont le relevé d'office et le critère du vice substantiel, aboutit à deux conséquences : d'une part, celle de considérer différemment la légalité externe d'un acte administratif (a), et d'autre part, de hiérarchiser les moyens de légalité externe (b). Partant, il existe un contrôle différencié²²¹ des moyens de légalité externe, aboutissant à - voire ayant pour une origine - une hiérarchie de ceux-ci.

a- La légalité externe différenciée : entre constatation et appréciation

L'appréhension de la légalité externe d'un acte administratif par le juge est différente en fonction du moyen que le juge est en train de contrôler. D'une simple constatation d'une illégalité à une appréciation d'une illégalité, telles sont les dissemblances dans l'appréhension de la légalité externe. A ce propos, cette différenciation dans l'appréhension de la légalité externe traduit certainement l'incorporation du contrôle des faits, du contrôle concret, dans le recours pour excès de pouvoir²²² avec notamment l'apparition du contrôle de proportionnalité ou encore le contrôle de l'appréciation des faits au XXe siècle.

La constatation d'une illégalité ne nécessite nulle analyse approfondie et n'entraîne *a priori* aucune controverse. Au contraire, elle ne fait que remarquer de façon objective un fait. Dans le cadre du contrôle de légalité d'un acte administratif, le juge se contente de vérifier le moyen soulevé par le requérant comme étant conforme ou non à la légalité. C'est un rapport direct à la

²²⁰ PAULIAT Hélène, *op. cit.*

²²¹ Ce contrôle différencié participe de la discordance au sein de la légalité externe. Benjamin Defoort l'exprime très bien en évoquant de façon plus globale « l'atomisation du recours pour excès de pouvoir » renforcée par la jurisprudence *CFDT Finances de 2018* (V. *infra*) : DEFOORT Benjamin, « Les paradoxes du contentieux des actes administratifs unilatéraux : à propos de quelques arrêts récents », RFDA, 2018, p. 1071.

²²² V. en ce sens GHEZZOU Brahim, *Le renouvellement du contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, PISSALOUX Jean-Luc (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université Bourgogne Franche-Comté, 2017, 418 p.

légalité sans aucune appréciation du moyen. A titre d'illustration, si un requérant soulève le moyen tiré de l'incompétence de l'acte, qu'une règle dispose que seul le préfet est compétent et que l'acte en cause ait été pris par un maire, le juge constate que le maire n'était pas compétent pour prendre la décision puisque seul le préfet l'était. Autrement dit, de façon logique, on sait que le maire a pris l'acte en cause, or seul le préfet est compétent, donc le maire est incompétent et par conséquent l'acte est illégal. Il n'y a aucune appréciation, seulement constatation de l'illégalité induite par l'incompétence ; sauf dans une certaine mesure et dans certains cas en matière de répartition des compétences entre collectivités territoriales²²³, en temps de circonstances exceptionnelles et lors de l'application de la théorie du fonctionnaire de fait. Aucune étape supplémentaire n'est requise entre la constatation de l'incompétence et la déclaration d'illégalité : le constat d'incompétence se confond avec la déclaration d'illégalité.

A l'inverse, le constat d'une irrégularité de procédure ne se confond pas avec une déclaration d'illégalité contrairement à l'incompétence. A la suite d'un constat d'une omission ou d'une irrégularité de procédure, le juge va apprécier l'impact concret de cette omission ou de cette irrégularité²²⁴, conformément à la jurisprudence *Danthony*. Ce n'est seulement qu'après cette appréciation qu'il déclarera ou non une illégalité. Il s'agit davantage d'un rapport, non pas de conformité, mais de compatibilité à la légalité²²⁵. La technique de l'appréciation de l'illégalité via l'application du critère du vice substantiel donne alors au juge la faculté de neutraliser le vice de procédure, aboutissant « à ne pas vouloir voir l'irrégularité »²²⁶, voire « à refuser qu'elle soit montrée »²²⁷. En revanche, lorsque le juge adoptait une approche *in abstracto* du critère du vice substantiel²²⁸, le constat de l'irrégularité de la procédure administrative se confondait avec une déclaration d'illégalité. Le simple fait d'omettre une consultation

²²³ Par exemple, selon l'article L. 5217-2 CGCT, « la métropole exerce de plein droit, en lieu et place des communes membres, (...) [la] construction, [l'] aménagement, [l'] entretien et [le] fonctionnement d'équipements culturels, socioculturels, socio-éducatifs et sportifs d'intérêt métropolitain ». Or la détermination de « l'intérêt métropolitain » nécessite une appréciation du moyen tiré de l'incompétence ; une simple constatation serait insuffisante ; V. pour des exemples en matière de répartition des compétences entre une communauté d'agglomération et une commune par la détermination de l'intérêt communautaire : CE, 07 février 2020, *Commune de Chesnay-Rocquencourt*, n° 434785, inédite au recueil Lebon ; CE, 12 décembre 2012, *Communauté de communes Lodévois et Larzac*, n° 342175, publié au recueil Lebon.

²²⁴ Cette technique est régulièrement mise en avant par la doctrine comme consistant à neutraliser les irrégularités ; neutralisation entendue comme une « action négative », consistant à « ne pas vouloir voir l'irrégularité ». V. à ce propos FRANK Alexis, « Les irrégularités neutralisées », RFDA, 2019, p. 785 ; SEILLER Bertrand, « L'illégalité sans l'annulation », AJDA, 2004, p. 963.

²²⁵ V. à propos des notions de conformité (notion maximum) et de compatibilité (notion minimum) : EISENMAN Charles, « Le droit administratif et le principe de légalité », EDCE, 1957, pp. 25 et suiv.

²²⁶ FRANK Alexis, *op. cit.*

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ V. *supra* 1)

obligatoire, par exemple, rendait l'acte administratif illégal. Aujourd'hui, ce n'est plus le cas. Le juge apprécie le vice de procédure pour en déduire une éventuelle illégalité. Par conséquent, le contrôle de la légalité externe d'une décision administrative est différencié par deux techniques : la constatation et l'appréciation.

b- La hiérarchie des moyens de légalité externe en fonction de la gravité de l'irrégularité commise

Après la différenciation dans l'appréhension de la légalité externe, l'autre conséquence induite par l'utilisation d'instruments de différenciation dans l'examen des moyens aboutit à créer une hiérarchie entre les moyens de légalité externe²²⁹. Si les moyens tirés de l'incompétence, du vice de forme et du vice de procédure sont des moyens de légalité externe pour lesquels *a priori* chacun d'entre eux est susceptible d'entraîner l'annulation d'un acte administratif, il reste qu'au stade de leur contrôle par le juge administratif ils ne sont pas égaux. En effet, cette possibilité à conduire à l'annulation d'un acte procède de la reconnaissance par le juge de leur illégalité. Or, une telle reconnaissance, comme nous venons de le voir, est différenciée par l'application d'instruments spécifiques (relevé d'office et critère du vice substantiel) qui révèlent la gravité de l'irrégularité commise²³⁰. Un acte pris par une autorité incompétente entrainera très facilement son annulation puisque tenue, selon les mots du Doyen Vedel, comme « *une sorte de « summa injuria », d'illégalité majeure* »²³¹, justifiant d'ailleurs sa qualification de moyen d'ordre public²³² pour lui voir appliquer l'instrument du relevé d'office ; tandis qu'un acte entaché d'une irrégularité de procédure ne conduira pas aussi aisément à sa disparition rétroactive car une telle irrégularité ne sera pas automatiquement

²²⁹ V. de façon plus globale pour une hiérarchie des illégalités : MAMOUDY Olga, « Sécurité juridique et hiérarchisation des illégalités dans le contentieux de l'excès de pouvoir », AJDA, 2019, p. 1108 ; PARDEILHAN Baptiste, *La hiérarchie des vices dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, GOURDOU Jean (dir.), Mémoire de recherche, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2019, Prix 2019 du meilleur mémoire de M2 organisé par l'AFDA, 162 p.

²³⁰ Nous différencions ici illégalité et irrégularité pour éviter toute confusion avec le reste du mémoire. L'irrégularité sous-entend ici une illégalité commise par l'administration de façon objective mais non encore reconnue comme illégalité par le juge. L'illégalité est alors ici entendue comme une irrégularité considérée illégale par le juge et susceptible d'entraîner l'annulation d'un acte administratif. Le Professeur Olga Mamoudy n'utilise pas cette distinction ; elle établit simplement une différence entre une illégalité grave susceptible d'entraîner une annulation et une illégalité bénigne non susceptible d'entraîner une annulation : V. MAMOUDY Olga, *op. cit.*

²³¹ VEDEL Georges, « Préface », in CALOGEROPOULOS André, *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, thèse de doctorat, droit public, Université Paris II, publiée chez LGDJ, 1983, 390 p., pp. I-IV.

²³² CE, 15 février 1961, *Sieur Alfred Joseph*, n° 45572, publié au recueil Lebon.

considérée comme illégale. C'est d'ailleurs, encore, le Doyen Vedel qui notait déjà en 1983 que « *le contenu même de la légalité externe et du contrôle qui lui est appliqué* »²³³ posait problème en raison de cette inégalité entre les moyens de légalité externe. « *Ainsi, la notion apparemment simple, voire « carrée », de la légalité externe recouvre en réalité un contenu complexe composé d'éléments soumis soit au plus rigoureux des contrôles soit au plus flexible. Telle est la première constatation, apparemment peu logique, qui ressort de l'examen le plus élémentaire de la jurisprudence relative au contrôle de la légalité externe* »²³⁴.

Plus récemment et plus audacieusement, le Professeur René Hostiou est même allé jusqu'à affirmer que la « *très grande hétérogénéité quant au régime contentieux des différents moyens regroupés au titre de la légalité externe, l'incompétence – « moyen d'ordre public » - bénéficiant à ce titre d'un traitement particulier – et privilégié – par rapport au vice de forme ou au vice de procédure (...) incite à s'interroger quant à la pertinence de leur regroupement sous une seule et même bannière* »²³⁵. Il existe, dès lors, une hiérarchie entre les moyens de légalité externe en fonction de la gravité.

Au surplus, il existe, finalement, une deuxième hiérarchie entre les irrégularités de procédure. En effet, celle-ci se révèle par l'application unique du critère du vice substantiel procédant à la distinction entre les irrégularités non graves et les irrégularités graves ; ces dernières se confondant avec une déclaration d'illégalité.

Ainsi, au sein de la légalité externe, il existe une différenciation dans l'examen des moyens ayant été systématisée via deux instruments spécifiques que sont le relevé d'office et le critère du vice substantiel. Néanmoins, cette différenciation organisée possède en elle-même des différenciations accentuant la dissonance dans le contrôle des moyens de légalité externe et révélant une complexité déconcertante au sein de la légalité externe, source de son déclin.

²³³ VEDEL Georges, *op. cit.*

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ HOSTIOU René, « La demande en appréciation de la légalité externe de décisions à caractère non réglementaire », RDI, 2019, p. 205.

B/ Une systématisation différenciée

Si l'application des deux instruments permet une différenciation entre chaque moyen de légalité externe au stade de leur examen, il reste cependant, d'une part, que le relevé d'office est un outil d'application variable et non exclusive (1), et d'autre part, que le critère du vice substantiel est un instrument d'application éphémère et extensible (2).

1) Le relevé d'office, instrument d'application variable et non exclusive

La variabilité dans l'application du relevé d'office s'explique en raison de l'utilisation non systématique du relevé d'office à l'égard du moyen tiré de l'incompétence (a), tandis que son absence d'exclusivité se comprend en raison de son application à certains vices de procédures et non pas uniquement à l'incompétence (b).

a. L'utilisation non systématique du relevé d'office

Le relevé d'office est un instrument de différenciation des moyens de légalité externe en ce qu'il ne s'applique qu'au moyen tiré de l'incompétence. Son utilisation à l'égard de ce dernier n'est néanmoins pas systématique révélant alors des différences entre chaque moyen tiré de l'incompétence malgré l'obligation faite à l'égard du juge de le relever d'office.

L'obligation faite au juge de relever d'office le moyen tiré de l'incompétence tient à son caractère d'ordre public. En principe, le juge ne peut pas « *statuer sur un recours sans avoir examiné tous les moyens d'ordre public* »²³⁶ et il est tenu de les accueillir s'ils sont susceptibles d'aboutir à l'annulation de la décision administrative objet du litige. D'ailleurs, l'omission du juge de relever d'office un moyen d'ordre public lorsque les parties ne l'ont pas invoqué entraîne la réformation du jugement²³⁷. Toutefois, une telle affirmation ne coïncide pas avec

²³⁶ Concl. de ROUSSEL Sophie, sur CE, sect., 21 décembre 2018, *Sté EDEN*, n° 409678, publié au recueil Lebon.

²³⁷ V. par exemple CE, 25 juillet 2007, *SA SAUR France*, n° 285720, inédit au recueil Lebon.

une obligation qui serait dévolue à l'égard du juge de mentionner dans la décision juridictionnelle le fait qu'il ait bien examiné tous les moyens d'ordre public. Lorsqu'un jugement ne les évoque pas, il est dit que les moyens d'ordre public ont été écartés par prétérition²³⁸. Dès lors, dans le cas où un jugement d'annulation se base sur un moyen autre que d'ordre public ou en cas de jugement de rejet, cela signifie en principe qu'après avoir examiné les moyens d'ordre public, le juge conclut qu'ils ne sont pas fondés pour annuler l'acte administratif.

Cependant, cette allégation masque une réalité difficilement prouvable : le juge ne relève pas systématiquement d'office les moyens d'ordre public. Cela ne veut pas dire qu'il n'examine pas le moyen durant l'instruction ; mais simplement, qu'il ne souhaite pas baser l'annulation de la décision administrative sur un moyen d'ordre public. En effet, « *si le même résultat peut être atteint sans recourir aux moyens d'ordre public, le juge a le choix entre retenir le moyen invoqué par la partie ou celui qu'il peut relever d'office* »²³⁹. A cet égard, le traité de contentieux administratif d'Auby et Drago relevait qu' « *il est des cas où le moyen soulevé d'office n'entraînerait pas l'annulation de la décision attaquée et l'on comprend qu'il soit passé sous silence. Mais dans les autres hypothèses, il s'agit d'une politique jurisprudentielle qui fait comprendre pourquoi la notion d'ordre public est imprécise et floue* »²⁴⁰. Un tel choix peut d'ailleurs être préféré pour éviter au juge d'ordonner une mesure d'instruction dans le but de vérifier la réalité de l'incompétence à condition que le moyen ressorte des pièces du dossier. Le juge ne peut soulever d'office un moyen s'il ne ressort pas clairement des pièces du dossier²⁴¹. Cependant, si le requérant conteste dans sa requête un moyen d'ordre public mais qu'il ne ressort pas manifestement des pièces du dossier, alors le juge est tenu d'ordonner une mesure d'instruction²⁴². Finalement, ce n'est pas parce que le moyen est d'ordre public que le juge le relèvera nécessairement d'office, c'est-à-dire que le juge ne le retiendra pas nécessairement pour faire annuler un acte administratif alors même que l'illégalité est grave.

²³⁸ Notamment en raison de la pratique dite de l'économie des moyens, V. *supra* Section 1- §II.

²³⁹ DEBOUY Christian, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, thèse de doctorat, Poitiers, 1978, p. 428 ; V. également LELLIG Wendy, *L'office du juge administratif de la légalité*, CLAMOUR Guylain (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université de Montpellier, 2015, p. 535.

²⁴⁰ AUBY Jean-Marie, DRAGO Roland, *Traité de contentieux administratif*, t. II, LGDJ, 1962, p. 536.

²⁴¹ CE, 14 novembre 1980, *Union départementale des syndicats CFDT du Tarn*, n° 17172, publié au recueil Lebon.

²⁴² CE, 21 novembre 1994, *M. Guang Y... LI*, n° 147199, inédit au recueil Lebon : « *si l'incompétence du signataire de l'acte attaqué ne ressortait pas manifestement des pièces du dossier et si le conseiller délégué ne pouvait par suite soulever d'office le moyen tiré de l'incompétence du signataire, il lui appartenait, eu égard à la contestation sur ce point, d'ordonner au préfet de police de Paris de lui communiquer l'arrêté portant délégation de signature à M. X... et le document portant publication de cet arrêté afin d'apprécier le bien-fondé du moyen soulevé* ».

Dans le cas où plusieurs moyens sont susceptibles d'entraîner l'annulation de l'acte administratif objet du litige, le juge pourra se fonder sur un moyen soulevé par le requérant et ne pas relever le moyen d'ordre public tiré de l'incompétence alors même qu'il serait fondé. Cela est d'autant plus possible du fait de la pratique dite de l'économie des moyens, ce qui entraîne, ainsi, une différence entre les moyens d'incompétence dans le cadre du contrôle par le juge.

Surtout, il est des cas où certaines incompétences sont relevées d'office alors que d'autres ne le sont pas, par volonté du juge, car elles sont considérées comme moins graves. Cela entraîne, dès lors, une différenciation voire une hiérarchie au sein même du moyen tiré de l'incompétence puisqu'un moyen d'incompétence ne vaut pas la même chose qu'un autre moyen d'incompétence. Le Professeur Odent relevait à ce titre qu'il ne lui paraissait pas que « *l'incompétence ratione temporis soit soulevée d'office par le juge : cela tient, je pense, à ce que l'autorité, qui use de pouvoirs qu'elle n'a pas encore ou qu'elle n'a plus, commet une illégalité qui se rattache au moins autant à la violation de la règle de droit qu'à l'incompétence proprement dite et qui, en tout cas, est beaucoup moins grave que cette dernière* »²⁴³. Ainsi l'incompétence *ratione temporis* serait hiérarchiquement inférieure à l'incompétence *ratione personae* et de l'incompétence *ratione materiae*, justifiant que le relevé d'office ne lui soit pas appliqué.

b. Le relevé d'office applicable à certains vices de procédure

Le relevé d'office est un instrument de différenciation des moyens de légalité externe en ce qu'il ne s'applique qu'aux moyens tirés de l'incompétence. Il est toutefois utilisé à l'égard de certains vices de procédure accentuant la dissonance entre les moyens de légalité externe et suggérant une inégalité plus forte entre chaque moyen tiré du vice de procédure.

En premier lieu, le vice tiré du défaut de consultation du Conseil d'État sur certains projets d'actes administratifs peut être relevé d'office²⁴⁴. Il s'agit des cas où il est prévu que le Conseil

²⁴³ ODENT Raymond, *Contentieux administratif*, Les Cours de droit, pp. 1825.

²⁴⁴ CE, 17 juillet 2013, *Syndicat national des professionnels de santé au travail*, n° 358109, publié au recueil Lebon.

d'État doit être saisi d'un projet d'acte. Trois hypothèses sont alors à envisager dans lesquelles le juge relèvera d'office le moyen tiré du vice de procédure, de l'irrégularité commise : lorsque le gouvernement a omis de saisir le Conseil d'État²⁴⁵ ; lorsque la décision que le gouvernement a adoptée diffère de l'avis émis par le Conseil²⁴⁶ ; et lorsque la décision a été prise avant que le Conseil d'État rende son avis²⁴⁷.

Un tel vice était auparavant assimilé à une incompétence²⁴⁸. Certes une telle assimilation avait pour avantage de réserver le relevé d'office au moyen tiré de l'incompétence puisqu'elle permettait de « soulever d'office les irrégularités qui affectent l'exercice de ses fonctions consultatives »²⁴⁹. Elle avait néanmoins pour inconvénients de brouiller les rôles de chacun dans l'élaboration de la décision administrative et de rendre, à tout le moins en apparence, l'institution partielle²⁵⁰. Face aux critiques²⁵¹, le Conseil d'État a ensuite décidé que cette irrégularité ne constituait plus une incompétence mais un vice de procédure²⁵² ; irrégularité néanmoins soulevable d'office démontrant la volonté ferme du Palais Royal de défendre sa fonction consultative²⁵³.

En second lieu, la juge relève également d'office le non-respect d'une obligation d'avis conforme²⁵⁴ d'un organe consultatif, préalable à l'édiction d'une décision administrative, ou encore le non-respect par l'auteur d'une décision administrative de l'édicter ou la modifier uniquement après avoir été invité à le faire par un organe consultatif²⁵⁵. De telles irrégularités, pourtant d'ordre procédural, sont considérées par le juge administratif comme relevant d'une incompétence. Cette affiliation procède de l'idée que ces organes consultatifs constituent des co-auteurs de l'acte administratif²⁵⁶ et que leur consultation est nécessaire pour l'autorité

²⁴⁵ CE, ass., 3 juillet 1998, *Syndicat national de l'environnement CFDT*, n° 177248 et autres, publié au recueil Lebon.

²⁴⁶ CE, 21 juillet 1989, *Association des médecins pour le respect de la vie*, n° 98889, publié au recueil Lebon.

²⁴⁷ CE, 9 juin 1978, *Société civile immobilière du ...*, n° 02403, publié au recueil Lebon.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ FRIER Pierre-Laurent, « Assimilation du vice de procédure à une incompétence », Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, 2004, actualisé en 2014.

²⁵⁰ FRIER Pierre-Laurent, PETIT Jacques, *Droit administratif*, 13^e éd., LGDJ, 2019, p. 658.

²⁵¹ V. notamment VEDEL Georges, *op. cit.*

²⁵² CE, 28 décembre 2009, *Syndicat de la magistrature*, n° 312314, mentionné aux tables du recueil Lebon.

²⁵³ AUBY Jean-Marie, DRAGO Roland, *op. cit.*, p. 602.

²⁵⁴ CE, 29 janvier 1969, *Dame Veuve Chanebout*, n° 66080, publié au recueil Lebon.

²⁵⁵ CE, 30 juillet 1997, *Confédération nationale de la production française des vins doux naturels d'appellation d'origine contrôlée*, n° 147826, publié au recueil Lebon.

²⁵⁶ V. à ce propos : FERRARI Pierre, « Essai sur la notion de co-auteurs d'un acte unilatéral en droit administratif français », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, 1975, Cujas, p. 215 et suiv. ; BELRHALI Hafida, *Les coauteurs en droit administratif*, BIAYS Joël-Pascal (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université Grenoble 2, 2003, publiée chez LGDJ, 392 p.

administrative afin qu'elle accomplisse « *sa compétence par le respect d'une procédure qui constitue pour elle une condition inférieure* »²⁵⁷. Partant, la formalité procédurale constitue « *une ramification technique, une prolongation de la règle de compétence (...) en extériorisant le processus de décision [dessinant] l'existence juridique de l'autorité compétente en état d'action* »²⁵⁸. Que l'application du relevé d'office à de telles irrégularités soit justifiée en raison de la théorie des coauteurs de l'acte, il reste en tout état de cause qu'elle alimente la dissonance de l'examen des moyens de légalité externe.

2) Le critère du vice substantiel, instrument d'application éphémère et extensible

Comme nous l'avons vu, le critère du vice substantiel s'applique uniquement aux vices de procédure. Toutefois, il est à constater, d'une part, qu'il est un instrument éphémère en ce qu'il ne s'applique pas au contrôle du vice de procédure en exception d'illégalité suggérant une disparition de ce moyen (a), et d'autre part, qu'une analyse succincte de la jurisprudence montre que cet instrument est également utilisé à l'égard du vice de forme, bien que le juge ne le dise pas expressément (b).

Il ne sera pas question ici d'aborder la théorie des formalités impossibles²⁵⁹. S'il s'agit bien d'une exception à la différenciation systématisée en ce qu'elle rend inopérant le moyen tiré du vice de procédure lorsqu'un organisme ou une autorité qui devait être consulté ne l'a pas été en raison d'une impossibilité, et donc en ce qu'elle rend l'application du vice de procédure non uniforme, il reste que cette hypothèse de systématisation différenciée demeure exceptionnelle ; contrairement à celles ci-après exposées.

²⁵⁷ CALOGEROPOULOS André, *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, thèse de doctorat, droit public, Université Paris II, publiée chez LGDJ, 1983, p. 38.

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ V. en ce sens CE, 13 décembre 2017, *Président du Sénat*, n° 411788, publié au recueil Lebon.

a- *L'absence de contrôle du vice de procédure par voie d'exception : vers une disparition du vice de procédure ?*

Depuis l'arrêt *CFDT Finances de 2018*²⁶⁰, le juge ne contrôle plus le vice de procédure par voie d'exception ; c'est-à-dire en exception d'illégalité et lors d'une demande d'abrogation d'un acte administratif. Cela signifie que lorsqu'à l'occasion de la contestation d'une décision, le requérant conteste également une autre décision par voie d'exception²⁶¹, le juge ne contrôle pas le vice de procédure de la deuxième décision. Dans cette hypothèse, il ne s'agit pas de neutraliser le vice dont est atteinte la décision en appliquant un instrument spécifique ; mais, au contraire, de rendre inopérante l'invocation de ce vice. Les vices de procédure invoqués pourraient être susceptibles d'entraîner l'annulation de la décision mais l'inopérance rend impossible de déceler les irrégularités graves de celles qui ne le sont pas²⁶². D'ailleurs, dans l'affaire *CFDT Finances*, les deux moyens tirés du vice de procédure étaient, d'après les conclusions du rapporteur public, susceptibles d'entraîner l'annulation de la décision. Ce changement jurisprudentiel, puisqu'il était possible avant 2018 de soulever un vice de procédure en exception d'illégalité, aurait pour objectif d' « adapter l'office du juge de l'excès de pouvoir aux exigences du temps »²⁶³ pour éviter les « annulations inutiles »²⁶⁴. En effet, pour Aurélie Bretonneau, « la correction d'une formalité omise (...) susceptible de modifier l'appréciation du pouvoir réglementaire »²⁶⁵ n'est que « pure théorie »²⁶⁶ dans la mesure où l'administration reprendra le plus souvent la même décision après correction de l'irrégularité

²⁶⁰ CE, ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, n°414583, publié au recueil Lebon : « 4. (...) Si, dans le cadre de ces deux contestations, la légalité des règles fixées par l'acte réglementaire, la compétence de son auteur et l'existence d'un détournement de pouvoir peuvent être utilement critiquées, il n'en va pas de même des conditions d'édiction de cet acte, les vices de forme et de procédure dont il serait entaché ne pouvant être utilement invoqués que dans le cadre du recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'acte réglementaire lui-même et introduit avant l'expiration du délai de recours contentieux. »

²⁶¹ CE, sect., 30 décembre 2013, *Mme Okosun*, n° 367615, publié au recueil Lebon : « 6. L'illégalité d'un acte administratif, qu'il soit ou non réglementaire, ne peut être utilement invoquée par voie d'exception à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative ultérieure que si cette dernière décision a été prise pour l'application du premier acte ou s'il en constitue la base légale. S'agissant d'un acte réglementaire, une telle exception peut être formée à toute époque, même après l'expiration du délai de recours contentieux contre cet acte. S'agissant d'un acte réglementaire, l'exception n'est, en revanche, recevable que si l'acte n'est pas devenu définitif à la date à laquelle elle est invoquée, sauf dans le cas où l'acte et la décision ultérieure constituant les éléments d'une même opération complexe, l'illégalité dont l'acte serait entaché peut être invoquée en dépit du caractère définitif de cet acte. »

²⁶² Rappelons deux éléments : d'une part, la détection d'une irrégularité de procédure grave s'opère par l'utilisation du critère du vice substantiel, et d'autre part, seule une irrégularité de procédure grave est susceptible d'entraîner l'annulation de la décision objet de la saisine.

²⁶³ Concl. de BRETONNEAU Aurélie sur CE, *CFDT Finances*, *op. cit.*

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ *Ibid.*

de procédure. Outre la difficulté longtemps après de vérifier la régularité de la procédure administrative, l'intervention de la règle issue de l'arrêt *CFDT Finances* est alors motivée par le principe de sécurité juridique. De surcroît, selon les propos d'Aurélie Bretonneau, la possibilité de soulever une irrégularité de procédure dans une demande d'abrogation s'insérerait mal « *dans l'économie général de ce contentieux dont la marque distinctive est de se vouloir agile et consacré une appréciation dynamique de la légalité* »²⁶⁷. Finalement, le vice de procédure empêcherait d'apprécier de façon dynamique la légalité.

Dès lors, l'arrêt *CFDT Finances* est-il un présage à la disparition du vice de procédure dans le contentieux de l'excès de pouvoir ? Une telle interrogation est d'autant plus légitime qu'elle vient élargir un dispositif jusqu'alors cantonné au contentieux de l'urbanisme, tout en rendant ce dispositif plus sévère dans le contentieux administratif général de l'excès de pouvoir. En effet, l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme²⁶⁸ prévoit qu'une illégalité pour vice de forme ou de procédure ne peut plus être invoquée par voie d'exception à l'expiration d'un délai de six mois. Or, d'une part, cet article ne concerne que quelques décisions administratives (schéma de cohérence territoriale ancien schéma directeur, plan local d'urbanisme ancien plan d'occupation des sols, carte communal et document d'urbanisme), et d'autre part, cette impossibilité intervient six mois après leur prise d'effet. Avec l'arrêt *CFDT Finances*, non seulement le dispositif a été élargi à toutes les décisions administratives, mais en plus il ne tient pas compte d'un certain délai car la seule voie d'exception suffit à rendre inopérante l'invocation d'un vice de procédure. Malgré les prises de position des défendeurs²⁶⁹ et des pourfendeurs²⁷⁰ face à cette nouvelle règle introduite par l'Assemblée du contentieux du Palais Royal, il est pertinent de s'interroger objectivement sur une probable disparition du vice de procédure en tant que moyen d'annulation parce que combiné à la jurisprudence *Danthony*, l'arrêt *CFDT Finances* « *conduit à grandement limiter l'incidence du vice de procédure* »²⁷¹ ; au point où « *celui-ci est aujourd'hui un cas d'ouverture voué sinon à la disparition à tout le moins au déclin* »²⁷². Quoi

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ Article L. 600-1 du Code de l'urbanisme issu de la Loi n° 94-112 du 9 février 1994 *portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, publiée au *JORF* n° 34 du 10 février 1994, p. 2271, article 3 ; modifiée dernièrement par l'Ordonnance n° 2015-1174 du 23 septembre 2015 *relative à la partie législative du livre Ier du code de l'urbanisme*, publiée au *JORF* n° 0221 du 24 septembre 2015, p. 16803, article 8.

²⁶⁹ V. par exemple DELVOLVE Pierre, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires – Des arguments pour ? », *RFDA*, 2018, p. 665.

²⁷⁰ V. par exemple (de) BECHILLON Deny, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires – Contre », *RFDA*, 2018, p. 662.

²⁷¹ MELLERAY Fabrice, « Requiem pour le vice de procédure ? », *AJDA*, 2018, p. 1241.

²⁷² *Ibid.*

qu'il en soit, « *la question du vice de procédure est à n'en pas douter l'une des plus empoisonnantes qui soit en droit administratif* »²⁷³.

b- Le maniement imperceptible du critère aux vices de forme

Le critère du vice substantiel est un instrument de différenciation des moyens de légalité externe en ce qu'il ne s'applique qu'aux vices de procédure et non pas à l'incompétence et au vice de forme. Toutefois, après une analyse succincte de la jurisprudence et bien que le juge dise le contraire, on constate que cet instrument est utilisé à l'égard de certains vices de forme.

Par principe, ne commet pas d'erreur de droit, la cour qui n'a pas recherché si « *le vice de forme (...) avait été susceptible d'exercer une influence sur le sens de [la] décision ou avait privé [les intéressés] d'une garantie, circonstances qui sont sans incidence sur les conséquences qui s'attachent à une illégalité tenant* »²⁷⁴ à un vice de forme. Dans l'arrêt précédemment cité, il s'agissait d'une insuffisance de motivation. Certes, le Conseil d'État n'a pas expressément affirmé que le critère du vice substantiel ne s'appliquait pas au vice de forme puisqu'il ne vise que le cas de l'insuffisance de motivation. Néanmoins, dans la décision *Danthony*, il ne fait référence qu'aux vices de procédure²⁷⁵, légitimant ainsi que l'arrêt *Caisse d'assurance retraite* de 2016 laisse clairement à penser que la non-application du critère du vice substantiel concerne tous les vices de forme.

Toutefois, il semblerait que sans le dire, le juge applique le critère du vice substantiel à l'égard du vice de forme. Pour étayer notre affirmation, nous nous baserons sur deux exemples. Le premier concerne la méconnaissance de l'obligation légale consistant à mentionner dans l'acte administratif le nom et la qualité du décideur. Dans une décision de 2003²⁷⁶, *Mme Aïcha X*, le Conseil d'État décide qu'une telle méconnaissance est « *sans incidence* »²⁷⁷, c'est à dire sans influence, sur la légalité de l'acte administratif. Le deuxième exemple renvoie à l'accueil par le

²⁷³ BRETONNEAU Aurélie, DOMINO Xavier, « Le vice, mode d'emploi », AJDA, 2012, p. 195.

²⁷⁴ CE, 7 décembre 2016, *Caisse d'assurance retraite et de santé au travail d'Aquitaine*, n° 386304, mentionnés aux tables du recueil Lebon.

²⁷⁵ CE, ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, *op. cit.* : « un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable (...) ».

²⁷⁶ CE, 28 novembre 2003, *Mme Aïcha X*, n° 249389, mentionné aux tables du recueil Lebon.

²⁷⁷ *Ibid.*

juge de la méconnaissance de l'obligation légale issue de l'article L. 2121-23 CGCT consistant à faire figurer sur une délibération l'ensemble des signatures de tous les membres présents (ou l'absence de la mention faite de la cause qui les a empêchés de signer). Pour le juge administratif, un tel vice de forme « *ne constitue pas une irrégularité de nature à entraîner l'annulation pour excès de pouvoir* »²⁷⁸ d'une délibération. A travers ces deux illustrations, le Conseil d'État apprécie le vice soulevé pour en déduire s'il est ou non susceptible d'entraîner l'annulation de l'acte administratif objet du litige. Au contraire, il ne sanctionne pas automatiquement la méconnaissance d'une obligation légale de forme. Finalement, une telle façon de faire de sa part s'apparente à celle dévolue à l'égard du vice de procédure.

L'affirmation tenant à l'application imperceptible du critère du vice substantiel pour apprécier le vice de forme peut d'autant plus être tenue pour vraie que le vice de forme et le vice de procédure ont souvent été confondus et le sont certainement encore – au sens aujourd'hui de rapprochement. D'une part, Laferrière ne faisait pas la différence dans sa classification des cas d'ouverture d'excès de pouvoir entre un vice de forme et un vice de procédure. D'autre part, l'arrêt *CFDT Finances* de 2018²⁷⁹, qui réserve un sort d'inopérance au vice de procédure soulevé par voie d'exception²⁸⁰, concerne également le vice de forme.

A l'inverse, ne pourrait-on pas, plutôt que de prétendre à un maniement imperceptible du critère du vice substantiel au vice de forme, considérer que, en affirmant que telle obligation légale tenant à une forme est sans incidence, le Conseil d'État néglige totalement l'irrégularité de forme accentuant d'autant plus la différenciation entre les moyens de légalité externe. En tout état de cause, dans telle ou telle autre hypothèse, la dissonance au sein de la légalité externe est indiscutable et aboutit à l'altérer.

Ainsi, si l'application d'instruments de différenciation permet de systématiser la différenciation des moyens de légalité externe et, par conséquent, de rendre à peu près cohérent cette différenciation, il reste que l'application tous azimuts de ces outils donne davantage de complexité et entraîne une accentuation de la discordance déjà présente au sein de la légalité

²⁷⁸ CE, 10 janvier 1992, *Association des usagers de l'eau de Peyreleau*, n° 97476, publié au recueil Lebon.

²⁷⁹ CE, *CFDT Finances*, *op. cit.*

²⁸⁰ V. *supra* a-

externe. Une telle discordance ne s'arrête, pourtant, pas au stade de l'examen des moyens de légalité externe et se prolonge au stade de leur sanction.

§2. Une dissonance au stade de la sanction des moyens de légalité externe

Au stade de la sanction, la dissonance au sein de la cause juridique n'est pas en reste non plus. Elle en altère la légalité externe par un manque de pertinence et un manque de cohésion des sanctions dévolues aux illégalités externes. Une telle assertion peut, d'ailleurs, sembler surprenante dans la mesure où le contentieux de l'excès de pouvoir ne connaît normalement qu'une seule et unique sanction : l'annulation. En effet, le recours pour excès de pouvoir est un « *recours tendant à l'annulation d'une décision administrative et fondé sur la violation par cette décision d'une règle de droit* »²⁸¹. Une fois une illégalité constatée au sein de la décision administrative, celle-ci est susceptible d'entraîner l'annulation de la décision administrative, c'est-à-dire la disparition rétroactive de cette dernière. Il s'agit d'une sanction sévère qui peut parfois avoir des conséquences désastreuses. C'est la raison pour laquelle de nouvelles sanctions, qui permettent d'éviter l'annulation, sont apparues. Or, même si elles ne semblent pas différencier de façon systématisée les moyens de légalité externe (A), il reste qu'une analyse de leur application démontre néanmoins qu'une telle différenciation est pourtant réelle (B). La légalité externe est alors altérée de manière sournoise dans la mesure où, en l'absence de systématisation, le juge différencie les illégalités externes entre elles sans le dire, tout en faisant perdre la cohésion d'ensemble des moyens de légalité externe.

De façon plus globale et à cet égard, nous nous alignons sur la prise de position de Benjamin Defoort qui pointe du doigt le manque de cohérence de l'appréciation des différents moyens de légalité²⁸² ainsi que celui de la multiplication des formes de sanctions possibles au sein du recours pour excès de pouvoir. Un tel manque de cohérence altérant, même, ce dernier dans son entièreté. Le Professeur affirme en effet que « *ces différents motifs d'éparpillements de l'appréciation des vices de légalité et de la période temporelle au cours de laquelle celle-ci est possible contribuent, avec la multiplication des formes de « sanction » possible d'une illégalité – allant du rejet à l'annulation immédiate ou reporté, ou l'abrogation immédiate ou reportée,*

²⁸¹ AUBY Jean-Marie, DRAGO Roland, *Traité de contentieux administratif*, t. II, LGDJ, 1962, p. 178.

²⁸² V. *supra* §1.

en passant par la régularisation -, à faire du recours pour excès de pouvoir une sorte de couteau suisse multifonctions, qui peine à (re)trouver sa cohérence et son unité »²⁸³. Partant, l'altération de la légalité externe serait qu'un aperçu d'une altération plus profonde du recours pour excès de pouvoir.

A ce stade de l'étude, nous prenons une précaution à propos des lois de validation²⁸⁴. Si elles aboutissent à différencier, dans une certaine mesure, elles aussi les moyens de légalité externe, il reste qu'elles sont du ressort du législateur et n'influencent, *a priori* pas, le traitement par le juge des illégalités externes au stade de la sanction si elles interviennent après la sanction prononcée par le juge. On pourrait, à l'inverse, arguer qu'une loi de validation « indirecte »²⁸⁵, c'est à dire intervenant en cours d'instance, influe nécessairement sur le traitement de celles-ci. Néanmoins, elle est le choix du législateur et non pas celle, volontaire voire discrétionnaire du juge. Surtout, elle rétablit une légalité qui n'était pas, puisque, ce qui était illégal avant la loi de validation, devient légal sous son emprise, non pas par neutralisation du juge, mais par l'effet de la loi, de la légalité elle-même. Les illégalités externes, devenues légalités externes, ne peuvent alors être sanctionnées car n'est sanctionnable que ce qui est illégal. Ce sont les raisons pour lesquelles cette hypothèse des lois de validation ne sera, dès lors, pas abordée ici.

A/ Une différenciation impossible à systématiser

Il est impossible de systématiser, c'est-à-dire d'organiser en système cohérent - même s'il peut être complexe – une différenciation des moyens de légalité externe par une application différenciée des sanctions possibles en cas d'illégalité dans le recours pour excès de pouvoir. Comme nous le verrons²⁸⁶, une telle impossibilité ne résulte, pourtant, pas d'une absence de différenciation des moyens de légalité externe. Elle résulte, au contraire, d'une part, du fait que les différentes sanctions sont dévolues à l'égard de tous les moyens de légalité externe (1), et

²⁸³ DEFOORT Benjamin, « Les paradoxes du contentieux des actes administratifs unilatéraux : à propos de quelques arrêts récents », RFDA, 2018, p. 1071.

²⁸⁴ V. par exemple : CE, 28 juillet 2000, *Association du « collectif pour la gratuité contre le racket »*, n° 202798 & n° 202872, publié au recueil Lebon ; CE, 23 juin 2004, *Sté Laboratoires Genevrier*, n° 257797, publié au recueil Lebon.

²⁸⁵ Pour la différence entre validation directe et validation indirecte, V. par exemple CAZIN Bernard, « Dossier 280- L'exécution du jugement », Dalloz professionnels, Pratique du contentieux administratif, 2014, actualisé en 2020.

²⁸⁶ V. *infra* B/

d'autre part, du fait d'une application casuistique des nouvelles formes de sanction qui ne permet pas de rendre compte d'une certaine uniformité (2).

1) Une diversité de sanctions perméable à tous les moyens de légalité externe

Avant de montrer que les nouvelles formes de sanctions s'appliquent à tous les moyens de légalité externe (b), il conviendra, par souci de clarté, de présenter ces nouvelles formes de sanction qui tendent à éviter une annulation, considérée comme la sanction la plus sévère (a).

a- De nouvelles sanctions anti-dirimantes

Aux côtés de la sanction traditionnelle du contentieux de l'excès de pouvoir, que constitue l'annulation, coexistent d'autres formes de sanction tendant à éviter l'annulation ; cette dernière étant considérée dans le cadre de ce recours comme la sanction la plus sévère pour un acte entaché d'une illégalité. Sans entrer dans un débat sur la prévalence néfaste ou non du principe de sécurité juridique au détriment du principe de légalité, il reste que l'apparition de ces nouvelles formes de sanction, que l'on peut qualifier d'anti-dirimantes en ce qu'elles ont pour but d'empêcher une annulation, entraîne indiscutablement « *une incidence évidente sur le recours exercé par le justiciable* »²⁸⁷. Au surplus, elles mettent en lumière l'évolution des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir tout en rendant paradoxale la conciliation entre la réformation des actes administratifs induite, plus ou moins, par les nouvelles formes de sanction et l'interdiction faite au juge de l'excès de pouvoir, contrairement au juge de plein contentieux, de « *réformer les décisions de l'administration* »²⁸⁸.

La première des nouvelles formes de sanction concerne la modulation des effets d'une annulation²⁸⁹. Apparue avec la très connue décision *Association AC !*²⁹⁰, cette sanction évite

²⁸⁷ SEILLER Bertrand, « Les décisions régularisées », RFDA, 2019, p. 791.

²⁸⁸ BOUILLON Henri, « Pour une subjectivisation de l'annulation partielle des actes administratifs unilatéraux », AJDA, 2017, p. 217.

²⁸⁹ V. pour un appel à l'adoption par le juge d'une telle technique de sanction : COURREGES Anne, STAHL Jacques-Henri, « La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse – Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux », RFDA, 2004, p. 438 ; V. pour étude complète en la matière : MAMOUDY Olga, *La modulation dans le temps des effets des décisions de justice en droit français*, CASSIA Paul (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université Paris 1, 2013.

²⁹⁰ CE, ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, n° 255886, publié au recueil Lebon : « *Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que,*

l'effet rétroactif d'une annulation ; un tel effet a d'ailleurs pour conséquence de considérer que l'acte est réputé n'être jamais intervenu²⁹¹. Au contraire, on ne parle plus dans ce cas d'une annulation, mais, d'une abrogation de l'acte administratif, permettant de maintenir les effets passés de la décision administrative. L'abrogation s'effectue soit à compter de la lecture de la décision, soit à une date ultérieure déterminée par le juge dans son jugement.

La deuxième des nouvelles formes de sanction concerne l'annulation partielle. Cette dernière évite l'annulation de l'acte en ce que seulement une partie de ce dernier est annulée. On pourrait dire que l'acte « à demi » annulé est « *amputé* »²⁹² ou, tout simplement, préservé partiellement²⁹³. Finalement, il s'agit également d'une technique d'évitement de l'annulation puisque le juge va diviser l'acte entre ce qui est légal et sauver ce qui peut l'être, de ce qui ne l'est pas et ne peut être sauvé. Toutefois, une telle technique n'est envisageable uniquement si l'acte objet du litige est divisible²⁹⁴. Dans ce cas, le juge annulera alors « en tant que » ou « en tant que ne pas ».

La troisième et dernière des nouvelles formes de sanction concerne la régularisation²⁹⁵. Elle regroupe deux sortes de régularisation : celle *a priori* et celle *a posteriori*. Concernant la régularisation *a priori*, il s'agit d'une correction de l'illégalité intervenant en cours d'instance

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 ».

²⁹¹ CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, n° 88369, publié au recueil Lebon.

²⁹² CORBEL Michel-Pierre, « L'annulation partielle des actes administratifs », *AJDA*, 1972, p. 139.

²⁹³ BLANCO Florent, « Entre l'annulation et la conservation de l'acte », in PONTIER Jean-Marie (dir.), *Les états intermédiaires en droit administratif*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, p. 143.

²⁹⁴ La théorie de la divisibilité d'un acte est apparue avec la décision : CE, ass., 20 novembre 1981, *Association pour la protection de la vallée de l'Ubaye*, n° 20710, publié au recueil Lebon.

²⁹⁵ Alexis Frank parle, à ce propos, d'une neutralisation des illégalités par « *action positive* » : FRANK Alexis, « Les irrégularités neutralisées », *RFDA*, 2019, p. 785. Par ailleurs, voir pour un appel à l'adoption de la régularisation par le juge administratif : WOEHLING Jean-Marie, « Un aspect méconnu de la gestion administrative : la régularisation des procédures et décisions illégales », *Revue française d'administration publique*, 2004/3, n° 111, pp. 533-545 ; Pour une étude complète sur la régularisation des actes administratifs, V. BACHERT Audrey, « La régularisation des actes administratifs », *RDP*, 2019, p. 3.

soit à l'initiative du juge, soit à l'initiative de l'administration. Concernant, ensuite, la régularisation *a posteriori*, il s'agit d'une correction de l'illégalité intervenant après le prononcé du jugement à la demande du juge. Ces deux sortes de régularisation évitent l'annulation²⁹⁶ d'un acte administratif dans la mesure où « *la régularisation consiste en la confirmation de l'acte par correction de l'irrégularité l'entachant. Il s'agit d'une réparation, puisque l'instrumentum initial est maintenu – et non remplacé par un nouveau – et l'irrégularité corrigée – et non niée* »²⁹⁷. A ce titre, elle ne doit pas être confondue avec la réfection qui est « *une technique de correction d'une irrégularité impliquant l'annulation de l'acte vicié et l'édition d'un nouvel acte* »²⁹⁸ et qui n'a pas de caractère rétroactif. Au contraire, la régularisation possède un caractère rétroactif qui n'est pas exempt de critiques en raison de l'importance considérable en droit administratif du principe de non-rétroactivité des actes administratifs²⁹⁹.

Par ailleurs, il n'est pas sûr, à proprement parler, qu'il soit souhaitable d'utiliser le terme de sanction lorsque l'on évoque la régularisation puisqu'il ne s'agirait plus « *de sanctionner l'irrégularité mais d'assurer l'efficacité d'un acte jugé utile* »³⁰⁰. Contrairement à l'annulation partielle ou à la modulation des effets d'une annulation pour lesquelles l'illégalité d'un acte entraîne nécessairement une sanction même moins sévère qu'une annulation totale en cas d'illégalité, la régularisation aboutit à transformer l'illégalité en une légalité pour éviter une sanction. Quoi qu'il en soit, on la rangera dans les nouvelles formes de sanction anti-dirimantes par souci de simplicité et, surtout, parce que la régularisation de l'illégalité constitue une forme de sanction en ce qu'elle est une « *mesure – même réparatrice – justifiée par la violation d'une*

²⁹⁶ Pour une critique, V. LANTERO Caroline, « Sécurité juridique et mutation des annulations platoniques », AJDA, 2019, p. 1100.

²⁹⁷ LANGELIER Élise, VIROT-LANDAIS Aurélie, « Mérites et limites du recours à la régularisation des actes viciés », JCP Administrations et Collectivités territoriales, n° 30-34, 2015, p. 2245 ; V. pour une autre définition de la régularisation : Concl. de DAUMAS Vincent sur CE, sect., 1 juillet 2016, *Commune d'Émerainville*, n° 363047, publié au recueil Lebon : « *la régularisation est une démarche tendant à rétablir la conformité de l'ordre juridique à la légalité, afin de sauvegarder les effets produits par un acte administratif entaché d'un vice, sans les modifier – sans les modifier, nous insistons tout particulièrement sur cet aspect de la définition, c'est-à-dire sans que le sens ou le dispositif de l'acte vicié soit en rien changé* ».

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ C'est d'ailleurs un aspect qui avait, pourtant, été mis en avant par Jean-Marie Woehrling, V. WOEHRLING Jean-Marie, *op. cit.* Toutefois, pour le rapporteur public, Vincent Daumas, « *il existe de bonnes raisons pour ne pas voir, dans ce principe, un obstacle à la reconnaissance d'un pouvoir de régularisation* », Concl. DAUMAS, *op. cit.*

³⁰⁰ LANGELIER Élise, VIROT-LANDAIS Aurélie, *op. cit.*

obligation »³⁰¹, en l'occurrence une violation de la légalité ; la légalité constituant une obligation que l'administration doit respecter.

Ainsi, si la régularisation permet de rétablir la légalité et non de la nier, et a pour avantage, au surplus, de donner toute la pertinence à l'appréhension du recours pour excès de pouvoir comme un procès fait un acte, il reste qu'elle n'est aucunement dans l'intérêt du requérant, comme le souligne Bertrand Seiller³⁰². En effet, « *l'intervention du juge administratif ne sert à rien pour le justiciable. Le plus souvent, ce qu'il souhaite n'est pas un retour à l'orthodoxie juridique mais la disparition d'un certain acte administratif qui lèse ses intérêts* »³⁰³. Pire, elle fait apparaître, à tort ou à raison, un « *sentiment d'injustice* »³⁰⁴ en ce qu'une partie, et en particulier ici l'administration, semble mieux traiter, voire même en « *connivence* »³⁰⁵ avec le juge alors même qu'elle a commis une erreur.

b- De nouvelles sanctions applicables à l'incompétence, aux vices de procédure et de forme

La difficulté à systématiser la différenciation entre les moyens de légalité externe procède, non pas d'une inexistence d'une telle différenciation, mais notamment du fait que ces sanctions s'appliquent potentiellement à tous les moyens de légalité externe.

Concernant, tout d'abord, l'annulation partielle, cette dernière est réellement et totalement indifférente au type d'illégalité, qu'elle soit d'ailleurs externe ou interne, qu'elle sanctionnera. La seule exigence, pour le juge, consistera à analyser si « *sont divisibles les dispositions qui n'ont pas pour support les dispositions illégalités, et qui ne procèdent pas avec celles-ci d'une logique d'ensemble formant un tout indissociable* »³⁰⁶. La préférence envers un vice de procédure ou une incompétence³⁰⁷ pour appliquer l'annulation partielle est, finalement,

³⁰¹ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., PUF, 2016 : « *SANCTION (...) 2 En un sens plus large, toute mesure – même réparatrice – justifiée par la violation d'une obligation* ».

³⁰² SEILLER Bertrand, *op. cit.*

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ THIELE Renaud, « *Annulations partielles et annulations conditionnelles* », AJDA, 2015, p. 1357.

³⁰⁷ V. par exemple CE, 27 novembre 2013, *Association Bois-Guillaume Réflexion*, n° 358765, mentionné aux tables du recueil Lebon : « *Considérant que la circonstance qu'une autorisation d'urbanisme soit entachée d'une*

inexistante dans la mesure où le seul paramètre, valablement pris en compte, concerne la divisibilité ou non de l'acte administratif.

Concernant, ensuite, la modulation des effets d'une annulation, c'est-à-dire l'abrogation plutôt que l'annulation d'une décision administrative, elle est, également, utilisée en cas d'incompétence ou de vices de forme ou procédure. Une recherche rapide sur Légifrance³⁰⁸ montre que ce type de sanction n'est pas dévolu uniquement à l'égard du vice de procédure ou du vice de forme, considéré par rapport à l'incompétence comme une irrégularité d'une moindre importance³⁰⁹. D'ailleurs, on relève avec l'utilisation des mots clés décrits en note de bas de page davantage l'emploi de la modulation des effets d'une annulation à l'égard de l'incompétence³¹⁰ plutôt qu'à l'égard du vice de procédure³¹¹ ou du vice de forme. Un tel constat peut, éventuellement voire certainement, s'expliquer par une neutralisation du vice de procédure ou du vice de forme au stade de l'examen par le juge administratif ; ou tout simplement par une mauvaise utilisation de mots clés.

Concernant, enfin, la régularisation, le constat est plus mitigé. Elle est, comme nous le verrons³¹², normalement exclusivement appliquée au vice de procédure et au vice de forme qu'elle soit une régularisation *a priori* ou *a posteriori*. Pourtant, on relève une jurisprudence ambiguë qui, sans le dire, laisse à croire qu'il est possible de régulariser un vice d'incompétence. Il s'agit d'une décision de 2018 du Conseil d'État, *Association NARTECS*³¹³. Dans cette affaire, le maire avait en cours d'instance, en appel, régularisé sa décision sur un vice d'incompétence. Cette régularisation a été admise par la cour administrative d'appel de Nancy. Or, le Conseil d'État, en cassation, ne revient pas sur l'admission régulière ou non par

illégalité externe, notamment d'incompétence, ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de l'article L. 600-5 [du code de l'urbanisme qui renvoie à une consécration législative de l'annulation partielle dans le domaine du contentieux de l'urbanisme] ».

³⁰⁸ Avec les mots clés suivant dans la rubrique recherche experte : « incompétence » / « incompétent » / « incompétente » / « vice de procédure » / « irrégularité » et « consultation » / « annulés à compter » / « annulés à compter » / « annulé à compter » / « annulée à compter » / « les effets antérieurs à cette annulation ».

³⁰⁹ V. *supra* Section 2.- §1.

³¹⁰ V. par exemple : CE, 24 juillet 2009, *CRIIGEN*, n° 305314, publié au recueil Lebon ; CE, 24 juillet 2009, *CRIIGEN*, n° 305315, inédit au recueil Lebon ; CE, 4 novembre 2009, *Département de la Haute-Saône*, n° 326935, inédit au recueil Lebon ; CE, 28 mars 2012, *CGPME*, n° 341067, mentionné aux tables du recueil Lebon ; CE, 25 novembre 2015, *Fondation Jérôme Lejeune*, n° 370610, mentionné aux tables du recueil Lebon ; CE, 9 novembre 2018, *Confédération nationale des syndicats dentaires*, n° 411816, mentionné aux tables du recueil Lebon.

³¹¹ V. par exemple : CE, 19 décembre 2008, *M. Emmanuel A.*, n° 312553, publié au recueil Lebon ; CE, 8 juillet 2009, *Commune de SAINT-DIE-DES-VOSGES*, n° 314236, publié au recueil Lebon ; CE, 30 décembre 2010, *M. A...B...*, n° 329513, publié au recueil Lebon ; CE, ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n° 335033, publié au recueil Lebon.

³¹² V. *infra* B/ 1)

³¹³ CE, 6 avril 2018, *Association NARTECS*, n° 402714, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

la cour administrative d'appel d'une telle régularisation sur un vice d'incompétence, car il affirme qu'il n'y avait, finalement, pas d'incompétence. En l'absence de réponse claire, nous nous en tiendrons à une application uniquement au vice de forme et au vice de procédure, que nous détaillerons ci-après.

2) Des sanctions appliquées de façon casuistique

L'autre explication, qui rend impossible à systématiser la différenciation des moyens de légalité externe au stade de la sanction, renvoie à une absence d'uniformité. L'utilisation de telle ou telle autre forme de sanction n'est pas réservée à un moyen particulier, mais, dépend, au contraire, de l'espèce. Les nouvelles formes de sanction restent cantonnées à des contentieux particuliers (a) et sont à la discrétion du juge (b). Finalement, si l'utilisation casuistique des nouvelles formes de sanction entraîne une impossibilité à systématiser la différenciation des moyens de légalité externe, elle aboutit, en tout état de cause, à différencier les moyens de légalité externe en fonction de l'espèce dans laquelle ils se déploient.

a- Des sanctions cantonnées à des contentieux particuliers

S'il ne fait pas de doute que la modulation des effets d'une annulation et l'annulation partielle soient appliquées, indifféremment, à tout type de contentieux, il reste, d'une part, que l'annulation partielle est davantage privilégiée pour le contentieux de l'urbanisme, et d'autre part, que la régularisation est encore cantonnée à certains contentieux particuliers et notamment, encore une fois, le contentieux de l'urbanisme.

S'agissant de l'annulation partielle, le contentieux de l'urbanisme constitue un terrain privilégié pour son déploiement. En effet, bien qu'elle soit susceptible d'être mise en œuvre en l'absence de fondement législatif et dans un contentieux différent que le contentieux de l'urbanisme³¹⁴,

³¹⁴ V. par exemple CE, 2 décembre 2019, *Syndicat national Solidaires Finances publiques*, n° 415979, inédit au recueil Lebon.

le code de l'urbanisme prévoit expressément l'hypothèse d'une obligation de procéder à l'annulation partielle d'une autorisation d'urbanisme. L'article L. 600-5 du code de l'urbanisme dispose que « *le juge administratif qui, saisi de conclusions dirigées contre un permis de construire, de démolir ou d'aménager ou contre une décision de non-opposition à déclaration préalable, estime, après avoir constaté que les autres moyens ne sont pas fondés, qu'un vice n'affectant qu'une partie du projet peut être régularisé, limite à cette partie la portée de l'annulation qu'il prononce* »³¹⁵. La formulation employée par l'article L. 600-5 laisse à penser qu'il s'agit d'une obligation pesant sur le juge. Cela est d'autant plus vrai que l'ancienne version de cet article³¹⁶ disposait, non pas que « *le juge administratif (...) limite à cette partie la portée de l'annulation* »³¹⁷, mais que le « *juge administratif (...) peut limiter à cette partie la portée de l'annulation* ». La suppression du verbe « pouvoir » dans la dernière version suggère que le juge soit, aujourd'hui, obligé de procéder à une telle sanction dans le contentieux de l'urbanisme lorsque cela est possible ; et non plus qu'il ait la possibilité de recourir à cette sanction lorsque cela est possible. Dès lors, une telle obligation pesant sur le juge administratif aboutit nécessairement à privilégier l'annulation partielle pour le contentieux de l'urbanisme.

S'agissant ensuite de la régularisation, même si Vincent Daumas, dans ses conclusions sur l'affaire *Commune d'Émerainville*, affirmait qu'il lui semblait possible d'« *admettre que la totalité des actes administratifs [puissent] donner lieu à régularisation* »³¹⁸, il reste qu'actuellement, le recours à cette technique demeure limité à certains contentieux spécifiques. Tout d'abord, elle est le terrain privilégié du contentieux de l'urbanisme en ce sens que l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme³¹⁹ renvoie expressément à la possibilité de régulariser a

³¹⁵ Art. L. 600-5 du Code de l'urbanisme.

³¹⁶ Sous l'emprise de l'Ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013 *relative au contentieux de l'urbanisme*, publiée au *JORF* n° 0166 du 19 juillet 2013, p. 12070, art. 2.

³¹⁷ Dernière version en vigueur au 1^{er} janvier 2019, issue de la Loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 *portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique*, publiée au *JORF* n° 0272 du 24 novembre 2018, art. 80.

³¹⁸ Concl. de DAUMAS Vincent, *op. cit.* ; V. également LABETOULLE Daniel, « Bande à part ou éclaircur », *AJDA*, 2013, p. 1897 : « *De longue date le contentieux du permis a contribué à l'enrichissement du droit administratif (...) le mécanisme de régularisation en cours d'instance prévu par l'(...) article L. 600-5-1 (...) pourrait être étendu par voie jurisprudentielle, dans la continuité de la lignée marquée notamment par les décisions Vassilikiotis, Titran et Association AC!* ».

³¹⁹ Art. L. 600-5-1 du Code de l'urbanisme : « *(...) le juge administratif qui, saisi de conclusions dirigées contre un permis de construire, de démolir ou d'aménager ou contre une décision de non-opposition à déclaration préalable estime, après avoir constaté que les autres moyens ne sont pas fondés, qu'un vice entraînant l'illégalité de cet acte est susceptible d'être régularisé, sursoit à statuer, après avoir invité les parties à présenter leurs observations, jusqu'à l'expiration du délai qu'il fixe pour cette régularisation (...)* ».

priori une autorisation d'urbanisme³²⁰, tout comme l'article L. 600-9³²¹ à propos d'une régularisation d'un schéma de cohérence territoriale, d'un plan local d'urbanisme ou d'une carte communale. De même, l'article L. 600-5 du même code³²² reprend, à la suite d'une consécration jurisprudentielle³²³, l'hypothèse de la régularisation *a posteriori*. Tel que le code de l'urbanisme, le contentieux de l'environnement met également en avant la régularisation *a priori* ainsi qu'*a posteriori*³²⁴. Également, le contentieux des subventions envisage le recours aux deux types de régularisation. Par la décision *Commune d'Émerainville*³²⁵, le Conseil d'État a donné la possibilité de recourir à la régularisation *a priori* ou *a posteriori* dans cette matière. On relève, enfin, une application de la régularisation au contentieux du traitement automatisé d'informations nominatives³²⁶, au contentieux des ouvrages publics³²⁷ ainsi qu'au contentieux de récupération d'indu concernant le revenu de solidarité active³²⁸.

Ainsi, non seulement l'application cantonnée à des contentieux spécifiques de ces formes de sanctions anti-dirimantes rend une systématisation d'une différenciation des moyens de légalité externe impossible au stade de la sanction, mais en plus elle tend à complexifier cette différenciation existante en ce que les moyens de légalité externe sont différenciés en fonction de l'espèce en cause. En outre, cette impossibilité a pour origine une utilisation discrétionnaire de la part du juge de ces sanctions.

³²⁰ De même que pour l'article L. 600-5 du Code de l'urbanisme, la version actuelle issue de la loi n° 2018-1021 supprime le verbe pouvoir provenant de l'ordonnance n° 2013-638, suggérant une obligation pour le juge administratif de procéder à une telle régularisation lorsque cela soit possible.

³²¹ Art. L. 600-9 du Code de l'urbanisme : « Si le juge administratif, saisi de conclusions dirigées contre un schéma de cohérence territoriale, un plan local d'urbanisme ou une carte communale, estime, après avoir constaté que les autres moyens ne sont pas fondés, qu'une illégalité entachant l'élaboration ou la révision de cet acte est susceptible d'être régularisée, il peut, (...), surseoir à statuer jusqu'à l'expiration du délai qu'il fixe pour cette régularisation (...) ».

³²² Art. L. 600-5 du Code de l'urbanisme : « Le juge administratif qui, (...), estime (...), 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 ».

³²³ CE, 9 décembre 1994, *SARL Séri*, n° 116447, mentionné aux tables du recueil Lebon : à propos d'une irrégularité de fond ; CE, 2 février 2004, *SCI La Fontaine de Villiers*, n° 238313 & 238315, mentionné aux tables du recueil Lebon : à propos d'une irrégularité de procédure.

³²⁴ Art. L. 181-18 du Code de l'environnement.

³²⁵ CE, sect., *Commune d'Émerainville*, *op. cit.*

³²⁶ CE, 27 juillet 2001, *Titran*, n° 222509, publié au recueil Lebon.

³²⁷ CE, sect., 14 octobre 2011, *Commune de Valmeinier et Syndicat mixte des Islettes*, n° 320371, publié au recueil Lebon.

³²⁸ CE, sect., 16 décembre 2016, *Mme B. A.*, n° 389642, publié au recueil Lebon.

b- Des sanctions à la discrétion du juge

Exceptées les hypothèses prévues par le législateur, en particulier dans le contentieux de l'urbanisme et de l'environnement³²⁹, l'emploi des diverses sanctions, de l'annulation aux nouvelles formes, semble être à la discrétion du juge. Cette assertion est à relativiser concernant la régularisation.

A cet égard s'agissant de la régularisation, Renaud Thièle s'interrogeait sur une telle pratique en posant la question suivante : « *le choix entre l'annulation et la régularisation peut-il continuer à être laissé à la discrétion du juge quand celui-ci n'est pas saisi de conclusions en ce sens ? Comme on l'a vu, une telle liberté peut conduire à de considérables disparités entre juridictions* »³³⁰. Que ce soit en matière de récupération d'indu en matière de RSA ou de récupération d'une subvention, la régularisation est plutôt à la discrétion d'une partie, et non pas du juge, puisque le juge devra donner un délai pour régulariser seulement si la juridiction est saisie de conclusions « *à ce qu'il soit enjoint à l'administration de recouvrer la subvention attribuée sur le fondement d'une décision annulée* »³³¹. Autrement dit, la volonté de régulariser appartient à l'administration. En revanche, il en va autrement en matière de régularisation dans le cadre d'une annulation conditionnelle ou conditionnée³³². En effet, dans ce cas précis, le juge peut laisser le choix à l'administration soit de régulariser dans un délai imparti soit d'accepter l'annulation de son acte. La possibilité donnée à l'administration de choisir parmi l'un ou l'autre versant de l'alternative ne renvoie à aucune obligation pesant sur le juge, mais uniquement à la considération qu'il portera à l'égard du contexte dans lequel l'acte annulé s'insère³³³. Il en va

³²⁹ Encore que cela soit même contestable, V. en ce sens SEILLER Bertrand, « Les décisions régularisées », *op. cit.*

³³⁰ THIELE Renaud, *op. cit.*

³³¹ CE, *Commune d'Émerainville*, *op. cit.*

³³² V. en sens la notion d'« annulation conditionnée » de CONNIL Damien, *L'office du juge administratif et le temps*, (de) BECHILLON Deny (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université de Pau, 2010, publié chez Dalloz, pp. 370 et suiv. (à ne pas confondre avec l'annulation conditionnelle) : « *Alors que l'annulation conditionnelle consiste pour le juge, d'abord, à relever une illégalité et surseoir à statuer pour octroyer un délai de régularisation de la situation litigieuse, puis, à l'issue de ce délai, constater ou bien la régularisation effective auquel cas l'annulation n'est pas prononcée ou bien l'absence de régularisation de sorte que le dispositif d'annulation est alors adopté, l'annulation conditionnée n'implique pas un tel procédé. Le juge adopte un dispositif d'annulation, mais l'autorité administrative dispose d'un délai et d'une option : préserver l'acte en y apportant les modifications nécessaires au rétablissement de la légalité ou, à défaut, mettre en œuvre les conséquences classiques de l'annulation prononcée par le juge* » ; V. également BOUILLON Henri, « La régularisation d'un acte administratif après annulation conditionnelle : une technique en gestation », *AJDA*, 2018, p. 142.

³³³ Par exemple, dans la décision CE, *Titran*, *op. cit.*, le juge utilise l'annulation conditionnelle car « *nécessaire au bon fonctionnement du service public de la justice* ».

de même dans le contentieux de l'urbanisme dans la mesure où la détermination, « *le dernier mot, (...), sur la qualification du caractère régularisable de l'illégalité* »³³⁴ revient au juge.

Concernant ensuite l'annulation partielle, « *l'imprécision, qui entoure la notion d'indivisibilité en fait donc un instrument entre les mains du juge administratif. Il constitue un moyen commode pour résoudre des difficultés pratiques* »³³⁵. La possibilité pour le juge d'employer ou non cette sanction résiderait, dès lors, dans le standard imprécis que constitue la notion de divisibilité d'un acte.

Enfin, s'agissant la modulation des effets d'une annulation, bien que la *décision AC!*³³⁶ circonscrit, de façon détaillée, les cas dans lesquels le juge peut employer cette technique de sanction, il semble, là aussi, que le juge puisse se l'approprier de façon discrétionnaire. En effet, tout d'abord, l'appréciation des différents intérêts en présence à prendre compte, que l'on pourrait qualifier de balance(s) entre les intérêts publics et privés³³⁷, est aux mains du juge même s'il doit recueillir les observations des parties. Ensuite, cantonnée à ses débuts au rang d'utilisation exceptionnelle, la mention « à titre exceptionnel » qui figurait au sein du considérant de principe de la jurisprudence de 2004, a, aujourd'hui disparu³³⁸. Un tel bannissement de l'exceptionnalité de cette sanction amène le juge à pouvoir s'en saisir de façon plus récurrente et à sa relative discrétion.

Ainsi, pour toutes ces raisons, la différenciation des moyens de légalité externe, qui accentue le manque de cohérence des moyens de légalité externe au stade de la sanction de celui au stade de l'examen, est impossible à systématiser. Cette impossibilité rend encore plus palpable ce manque de cohérence. La mise en exergue de ces différentes justifications à l'impossibilité de systématiser une différenciation des moyens de légalité externe permet de comprendre que cette inaptitude à une telle entreprise ne résulte pas d'une différenciation qui serait inexistante. Elle est, au contraire, bien réelle.

³³⁴ NICOLAS Charline, ROUSSEL Sophie, « Documents d'urbanisme : régulariser à tout prix », AJDA, 2018, p. 272.

³³⁵ CORBEL Michel-Pierre, *op. cit.*

³³⁶ CE, 2004, *Association AC!*, *op. cit.*

³³⁷ V. en ce sens BEZZINA Anne-Charlène, « 2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence *AC!* », RFDA, 2014, p. 735.

³³⁸ V. CE, ass., 23 décembre 2013, *Sté M6*, n° 363702, publié au recueil Lebon ; V. plus récemment CE, 12 décembre 2018, *SCEA du château de Montel*, n° 409449, inédit au recueil Lebon ; sauf lorsque est en cause le droit de l'Union européenne, V. en ce sens CE, ass., 19 juillet 2017, *Association nationale des opérateurs détaillants d'énergie*, n° 370321, publié au recueil Lebon.

B/ Une différenciation pourtant réelle

Au stade de la sanction, la différenciation entre les moyens de légalité externe qui altère nécessairement la légalité externe, en ce qu'elle manque d'harmonie et de cohérence, s'observe, d'une part, par des sanctions, qui tendent à éviter l'annulation, d'abord privilégiées à l'égard du vice de procédure ou de forme (1), et d'autre part, par une application qui différencie un même moyen entraînant un éclatement de la cohérence de chacun des moyens (2).

1) Des sanctions anti-dirimantes privilégiées pour le vice de procédure ou de forme

C'est un fait. L'utilisation d'une sanction anti-dirimante aura plus de succès en cas d'illégalité externe qu'interne³³⁹. Surtout parmi les illégalités externes, le vice de forme ou de procédure sera privilégié plutôt qu'un vice d'incompétence.

S'agissant de la régularisation, qu'elle soit *a priori* ou *a posteriori*, son développement au-delà des contentieux attractifs à une prévalence de la sécurité juridique tous azimuts, tels que le contentieux environnemental et urbanistique, a été rendu possible, mais uniquement s'il porte, pour l'instant, sur le vice de procédure et de forme³⁴⁰. De même, si les dispositions du code de l'urbanisme portant sur la régularisation ne mentionnent pas qu'elles doivent porter uniquement sur le vice de forme ou de procédure, il reste que ces deux vices seront nécessairement privilégiés. A cet égard, deux raisons sont à mettre en avant. La première tient à l'office du juge. En effet, le Conseil d'État a imposé aux juges administratifs souhaitant appliquer la

³³⁹ V. en ce sens Concl. de GUYOMAR Mattias sur CE, sect., 31 octobre 2008, *Section française de l'Observatoire International des Prisons*, n° 293785, publié au recueil Lebon.

³⁴⁰ CE, *Commune d'Émerainville*, *op. cit.* : « 15. Lorsque, après avoir pris une décision attribuant une subvention (...), l'administration constate que sa décision est entachée d'une irrégularité de forme ou de procédure, elle dispose de la faculté de régulariser le versement de cette subvention. Compte-tenu de cette faculté, l'annulation, par une décision juridictionnelle, d'une décision par laquelle l'administration a attribué une subvention (...) pour un motif d'irrégularité de forme ou de procédure, n'implique pas nécessairement que celle-ci soit immédiatement restituée à l'administration par l'association. L'administration peut ainsi, pour des motifs de sécurité juridique, régulariser le versement de la subvention annulée (...) ».

régularisation *a priori*, à travers l'article L. 600-5-1, qu'il leur appartient « *pour faire usage des pouvoirs qui lui sont ainsi dévolus, d'apprécier si, eu égard à la nature et à la portée du vice entraînant son illégalité, cette régularisation est possible* »³⁴¹. Or, il est indiscutable que le vice de procédure ou le vice de forme, au regard de son appréhension³⁴², permettront davantage une régularisation que le vice d'incompétence. La deuxième raison renvoie à une facilité de régularisation par le code de l'urbanisme lorsqu'est en cause un vice de procédure ou un vice de forme. L'article L. 600-9 du code de l'urbanisme dispose, effectivement, que « *en cas d'illégalité autre qu'un vice de forme ou de procédure, pour les schémas de cohérence territoriale et les plans locaux d'urbanisme, le sursis à statuer ne peut être prononcé que si l'illégalité est susceptible d'être régularisée par une procédure de modification prévue à la section 6 du chapitre III du titre IV du livre Ier et à la section 6 du chapitre III du titre V du livre Ier* »³⁴³. *A contrario*, la régularisation pour un vice de procédure ou de forme ne sera pas contrainte à la vérification de la possibilité d'une régularisation par des procédures spécifiques ; ce qui nécessairement simplifie une régularisation pour un vice de forme ou de procédure.

S'agissant, ensuite, de la modulation des effets d'une annulation, si la jurisprudence n'a jamais affirmé que cette technique était réservée à un vice de procédure ou de forme, à tout le moins privilégiée pour ces derniers, il reste que ces deux vices seront préférés à d'autres et notamment à celui de l'incompétence. Comme le souligne le Professeur Olga Mamoudy, « *dans le bilan des avantages de la modulation temporelle pour la sécurité juridique et de ses inconvénients pour le respect du principe de légalité, l'irrégularité procédurale ne pèse pas lourd face aux effets parfois dévastateurs d'une annulation rétroactive* »³⁴⁴. De même, Anne-Charlène Bezzina précise qu'« *en présence d'un seul vice de procédure, la modulation des effets de l'annulation sera plus facilement envisagée* »³⁴⁵. Dès lors, alors même que la modulation des effets d'une annulation ne prévoit pas expressément son application en présence seulement d'un vice en particulier, contrairement à la régularisation pour laquelle elle n'est possible dans certains contentieux que sur un vice de forme ou de procédure, elle est pourtant privilégiée à l'égard de ces irrégularités.

³⁴¹ CE, 22 février 2017, *Mme E. C. et autres*, n° 392998, publié au recueil Lebon.

³⁴² V. *supra* §1.

³⁴³ Art. L. 600-9 du Code de l'urbanisme.

³⁴⁴ MAMOUDY Olga, « Sécurité juridique et hiérarchisation des illégalités dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *AJDA*, 2019, p. 1108.

³⁴⁵ BEZZINA Anne-Charlène, *op. cit.*

2) Des sanctions anti-dirimantes sources d'éclatement de chacun des moyens de légalité externe

La différenciation des moyens de légalité externe, induite par l'application des nouvelles formes de sanctions, ne se cantonne pas en une différenciation entre les moyens de légalité externe. Plus profonde, elle comprend également une différenciation à l'intérieur même d'un moyen de légalité externe. En effet, une telle différenciation s'observe, d'une part, par un éclatement de l'appréhension de la gravité d'une illégalité externe (a), et d'autre part, par un éclatement du moyen tiré de l'incompétence de l'auteur d'un acte administratif (b).

a- Un éclatement de l'appréhension de la gravité d'une illégalité externe

Comme nous l'avons vu³⁴⁶, il existe une hiérarchie des illégalités externes en fonction de leur gravité. Cette hiérarchie est permise par l'application de deux instruments spécifiques que sont le relevé d'office et le critère du vice substantiel. Cependant, cette hiérarchie fondée sur la gravité de l'illégalité est une hiérarchie spécifique au stade de l'examen des moyens de légalité externe. Parce que l'appréhension de la gravité d'une illégalité externe au stade de l'examen est différente au stade de la sanction, le contenu de la légalité externe aboutit, alors, à devenir totalement incohérent et à manquer cruellement d'unité.

Par l'application du critère du vice substantiel aux vices de procédure et, de façon imperceptible, aux vices de forme, il en résulte une distinction, que nous avons étudiée, entre les irrégularités non graves et celles qui sont graves ; les irrégularités graves étant celles reconnues comme illégales par le juge. La gravité de l'irrégularité examinée au stade de l'examen est différente au stade de la sanction ; d'ailleurs « *une illégalité grave au stade de l'examen devient une illégalité moins grave au stade de la sanction* »³⁴⁷. Toujours selon Olga Mamoudy, bien entendu, la gravité de l'irrégularité commise n'empêche pas l'application de la

³⁴⁶ V. *supra* §1.

³⁴⁷ MAMOUDY Olga, *op. cit.*

modulation des effets d'une annulation ; toutefois, lorsque le juge envisage l'emploi de cette technique, il prendra en compte la gravité de l'irrégularité commise, différente de celle appréhendée au stade de l'examen, pour mesurer les conséquences manifestement excessives comme l'exige la jurisprudence *AC!*³⁴⁸.

Également, s'agissant de l'application de la régularisation aux illégalités de procédure ou de forme, Sophie Roussel et Charline Nicolas indiquent la présence d'une nouvelle échelle de gravité des vices qu'elles résumant ainsi : « *les premiers, les plus véniels, passent, dans les conditions définies par la jurisprudence Danthony, sous les radars de l'annulation. Les deuxièmes sont suffisamment sérieux pour que le juge s'y arrête, sans être pour autant irréparables. Pour ceux-là, la voie de la régularisation est ouverte (...). Les derniers, ni « danthonysables » ni régularisables, sont les seuls à conduire de façon mécanique à l'annulation* »³⁴⁹. Il en résulterait alors, un dédoublement de la gravité au stade de la sanction. Une illégalité grave au stade de l'examen deviendrait soit une illégalité nouvellement moins grave ou une illégalité nouvellement plus grave.

Au surplus, concernant l'incompétence, cela aboutit à créer une hiérarchie en fonction de la gravité entre les différents vices d'incompétence. Au stade de l'examen, l'application du relevé d'office suggère que l'incompétence est un vice très grave, une « *summa injuria* »³⁵⁰. Exceptée l'hypothèse selon laquelle le relevé d'office n'est pas toujours appliqué³⁵¹, il n'existe normalement pas de hiérarchie au sein même du vice d'incompétence. Il n'existe qu'une hiérarchie, d'une part, entre les moyens de légalité externe, et d'autre part, au sein même de l'irrégularité de procédure et de forme. Au stade de la sanction, l'application des nouvelles techniques anti-dirimantes à certains vices de compétence, et non pas à d'autres, entraîne un éclatement de l'incompétence.

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ NICOLAS Charline, ROUSSEL Sophie, *op. cit.*

³⁵⁰ VEDEL Georges, *op. cit.*

³⁵¹ V. *supra* §1. B/ 1) a-

b- Un éclatement du moyen d'incompétence

Outre l'hypothèse de l'application variable du relevé d'office au moyen tiré de l'incompétence, la cohérence et l'unité de ce dernier paraissaient avoir été préservées. Cependant, au stade de la sanction, l'application de nouvelles formes de sanctions anti-dirimantes à certains vices d'incompétence et pas à d'autres suggère qu'il existerait une hiérarchie entre eux, à tout le moins, un manque d'unité entre des illégalités d'incompétence entraînant l'annulation et d'autres entraînant uniquement une sanction anti-dirimante. Pour illustrer davantage cette hypothèse, nous prendrons seulement l'exemple de la régularisation.

Comme nous l'avons vu, il n'est pas sûr que la régularisation pour un vice d'incompétence soit admise en matière de contentieux de l'urbanisme³⁵². Toutefois, dans ses conclusions sur l'affaire *Commune d'Émerainville*, Vincent Dumas affirmait la chose suivante : « *et même, croyons-nous, certaines incompétences : lorsqu'un acte d'une autorité administrative compétente pour le prendre émane d'une personne ou d'un organe qui, au sein de cette autorité, n'était pas la bonne personne ou le bon organe, nous ne verrions pas d'obstacle à ce qu'une telle incompétence, interne à l'autorité administrative, puisse être régularisée, si la personne ou l'organe effectivement compétent s'approprie le contenu de l'acte* »³⁵³. Aujourd'hui, pourtant, outre l'hypothèse incertaine du contentieux de l'urbanisme, la régularisation d'un vice d'incompétence n'est pas possible. La question a été posée en jurisprudence et le juge se refuse à reconnaître jusqu'alors une telle faculté³⁵⁴. Avec la brèche ouverte par le rapporteur public Vincent Dumas³⁵⁵, il est possible que le Conseil d'État autorise d'ici peu, une régularisation pour un vice d'incompétence. Pour aussi souhaitable qu'elle soit, puisque certains vices d'incompétence, et notamment à plus forte raison, les délégations irrégulières de signatures³⁵⁶ sembleraient effectivement régularisables, il reste néanmoins qu'elle aboutit à un manque de cohérence et d'unité au sein du vice d'incompétence et, finalement de façon plus globale, au sein de la légalité externe.

³⁵² V. *supra* §2. A/ 1) b-

³⁵³ Concl. de DAUMAS Vincent, *op. cit.*

³⁵⁴ V. en ce sens LEGRAND André, « Incompétences », Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, 2001 ; PEANO Didier, « Fasc. 1150 : Recours pour excès de pouvoir.- Contrôle de la légalité externe », JCl. Adm., LexisNexis, 2006.

³⁵⁵ Reprise par d'autres membres du Conseil d'État, V. NICOLAS Charline, ROUSSEL Sophie, *op. cit.*

³⁵⁶ V. pour les conditions d'une délégation régulière de signature : FRIER Pierre-Laurent, PETIT Jacques, *Droit administratif*, 13^e éd., LGDJ, 2019, p. 396.

Le désintérêt pour le vice de forme et le vice de procédure, accentué avec la décision *CFDT Finances* de 2018, rendait *a priori* difficilement admissible de les regrouper avec le moyen tiré de l'incompétence sous une même bannière que constitue la légalité externe. Notamment à partir de ce constat, nous nous étions demandé si la légalité externe n'en était pas altérée et si elle n'en empruntait pas alors la voie du déclin. Finalement, les démonstrations qui précèdent mettent en exergue que cette altération est plus profonde. La légalité externe est sur la voie du déclin à double titre : en tant que cause juridique et en tant qu'un ensemble de moyens.

En tant que cause juridique, la légalité externe ne remplit plus sa fonction qui lui était assignée ; à savoir l'immutabilité de l'instance. Il s'agit, aujourd'hui, d'une justification obsolète à l'existence de la légalité externe en tant que cause juridique. Nous avons, d'ailleurs, montré que, plutôt qu'une justification, il s'agissait d'un prétexte. Également, si la décision *Société Eden* de 2018 a quelque peu ravivé la notion de cause dans le contentieux de l'excès de pouvoir selon les propos de Pierre-Yves Sagnier, il reste que cela s'est fait au détriment de la légalité externe. On tend, à ce titre, vers une objectivisation d'une hiérarchisation des causes juridiques au détriment de la légalité externe en raison du renouvellement de l'office du juge de l'excès de pouvoir.

En tant qu'un ensemble de moyens, la légalité externe est au bord de l'implosion. Une dissonance au stade de l'examen des moyens, ainsi qu'une dissonance au stade de leur sanction ne rendent plus pertinentes leur regroupement sous un même ensemble. Les disparités dans le traitement des illégalités externes et à travers leur sanction sont trop marquées pour donner un semblant de cohérence. L'ensemble des moyens de légalité externe n'aurait plus que pour point commun l'aspect formel d'une décision administrative. D'ailleurs, une telle assertion est contestable, comme nous l'avons vu, en raison de la façon dont le juge appréhende le vice de procédure, par exemple.

Partant, la légalité externe n'a plus de raison d'être. Elle n'a plus la robustesse justifiant son maintien en l'état. Toutefois, face à ce constat accablant, il nous a semblé nécessaire de trouver des solutions pour la revaloriser.

Chapitre II. La légalité externe revalorisable : vers une possible restructuration

A la suite du constat de l'évident déclin de la légalité externe, il nous apparaissait nécessaire de sortir par le haut de cette situation. En s'appuyant sur les écrits de la doctrine et en les reprenant à notre compte, nous avançons, alors, deux moyens pour aboutir à un tel résultat. Pour aussi intrigants qu'ils puissent paraître, ces derniers procèdent, d'une part, d'une préservation de la structure de la légalité externe (Section 1), et d'autre part, d'un éclatement de sa structure (Section 2).

La première méthode adoptée pour revaloriser la légalité externe n'entraîne aucune restructuration de la légalité externe. Elle fait, uniquement, intervenir plus tôt le moment de l'annulation, aboutissant à redonner la cohérence perdue au sein de la légalité externe. La deuxième méthode est plus délicate. Il est difficile, *a priori*, de percevoir en quoi un éclatement peut amener à sa revalorisation. A ce titre, il est d'ailleurs plus concevable d'associer la notion d'éclatement à l'antonyme de la revalorisation. Or, nous comprenons ici la légalité externe, uniquement, en tant qu'un ensemble de moyens. Comme nous l'avons vu, cet ensemble n'a plus de cohérence. Dès lors, restructurer les moyens de légalité externe à travers une restructuration plus globale aura pour effet de revaloriser les moyens anciennement issus de la légalité externe. C'est sous cette réserve que nous entendons revaloriser la légalité externe par son éclatement.

Section 1.- Une revalorisation par une préservation de la légalité externe

Au détour d'une contribution en 2016³⁵⁷, Yann Aguila a brillamment, et dans une certaine mesure de façon iconoclaste, proposé deux alternatives au déclin de la légalité externe et plus particulièrement au déclin du vice de procédure. Afin d'éviter qu'il ne puisse plus devenir un moyen d'annulation, il a, d'une part, avancé l'idée d'un traitement préventif des vices de procédure par l'instauration d'un référé pré-décisionnel qui interviendrait avant l'édition ou la publication de la décision administrative (§I). D'autre part, la deuxième alternative suggérée par Yann Aguila consiste à admettre la possibilité de contester directement les actes préparatoires, antérieurement à l'édition de la décision administrative (§II). Aussi subtile qu'elle soit, la différence entre les deux propositions existe bel et bien puisque contrairement à la contestation des actes préparatoires, le référé pré-décisionnel ne serait pas une voie de recours portée sur la contestation d'un acte préparatoire mais une voie de droit plus ouverte³⁵⁸. En outre, la contestation des actes préparatoires ne serait pas en tant que telle une voie de recours mais un élargissement de la notion d'acte faisant grief³⁵⁹.

Finalement, ces deux propositions, si au moins l'une d'entre elles est réceptionnée, auraient inévitablement pour conséquence louable de revaloriser la légalité externe qui connaît un déclin comme nous l'avons vu dans le premier chapitre. C'est la raison pour laquelle nous les reprenons pour notre étude.

Surtout, il sera procédé à des efforts de prospective dans le but d'imaginer la réalisation concrète de ces deux nouveautés. Nous avons conscience qu'il serait bien présomptueux de prétendre chercher et trouver toutes les difficultés qui pourraient faire obstacle à leur mise en place. Bien que nous nous efforcerons de le faire au maximum mais nous présentons d'avance nos excuses

³⁵⁷ AGUILA Yann, « Le traitement contentieux des vices de procédure en droit administratif français », in *Droit comparé de la procédure administrative*, Bruylant, 2016, pp. 871-880.

³⁵⁸ Nous faisons ici écho aux propos d'Yann Aguila qui affirme concernant l'instauration par le juge d'un référé pré-décisionnel que « *certes, en l'état du droit, ce type de recours serait voué à l'échec, comme dirigé contre une mesure préparatoire, et, par suite, irrecevable* » : AGUILA Yann, « Vers un référé pré-décisionnel ? Pour un traitement préventif des vices de procédure « tant qu'il est encore temps » », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Stirn*, 2019, pp. 7-16.

³⁵⁹ Précaution : par inadvertance, il est possible que la notion d'acte faisant grief soit, dans le reste de l'étude, remplacée par celle d'acte décisoire. Toutefois, il s'agirait d'une erreur. Les deux notions, pourtant très proches, sont, en effet, différentes dans la mesure où « le caractère décisoire ne suffit pas à garantir » que le juge considère cet acte décisoire comme faisant grief au stade de la recevabilité. V. en ce sens SEILLER Bertrand, « Acte administratif et norme ... Art. 1^{er} – Acte administratif unilatéral décisoire », Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, 2015, actualité en 2020.

aux lecteurs pour les éventuels oublis et les potentiels apories pouvant y figurer. A ce propos, il serait d'ailleurs bien utile pour l'enrichissement de l'analyse et de la recherche d'émettre remarques, suggestions et critiques à ce travail.

§1. De l'instauration d'un référé pré-décisionnel (Y. Aguila)

L'instauration d'un référé pré-décisionnel avancée par Yann Aguila est une proposition attrayante pour la revalorisation de la légalité externe qui semble délicate à mettre en œuvre (A). Elle se présente même épineuse à instituer par sa nouveauté. C'est la raison pour laquelle nous nous inspirons d'outils déjà existants qui pourraient lui donner des éléments de confection (B).

A/ Une proposition attrayante à la mise en œuvre délicate

L'institution d'un référé pré-décisionnel dans le contentieux d'annulation des actes administratifs aurait l'avantage de revaloriser la légalité externe par la revalorisation du vice de procédure (1). Toutefois, en raison de son intervention avant l'édition de l'acte, le référé pré-décisionnel serait susceptible de porter atteinte à l'efficacité administrative (2).

1) Un référé permettant avant tout la revalorisation du vice de procédure

La revalorisation du vice de procédure, et de la légalité externe de façon plus générale, accordée par le référé pré-décisionnel aurait pour origines un renouvellement du contrôle du vice de procédure, ainsi qu'un renouvellement de la sanction. En outre, la revalorisation serait d'autant plus réelle que le référé serait un bon moyen de « *sortir par le haut de la situation générée par l'arrêt CFDT* »³⁶⁰ et, plus globalement, viendrait en réponse comme un excellent compromis entre le respect de la légalité et la préservation de la sécurité juridique.

³⁶⁰ PERROUD Thomas, « Peut-on sortir par le haut de l'arrêt *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT* ? Pour un référé pré-décisionnel », Recueil Dalloz, 2019, p. 2241.

D'une part, il serait aisé d'imaginer qu'aucune irrégularité ne serait « danthonysable », c'est-à-dire que le critère du vice substantiel ne s'appliquerait pas. Bien que la jurisprudence *Danthony* énonce qu' « un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable (...) n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise [et non pas « de nature à entraîner l'annulation de 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 »³⁶¹, il reste que l'application du critère du vice substantiel a d'abord pour but d'éviter l'annulation d'une décision administrative et non pas de neutraliser une irrégularité pour ne pas consacrer une illégalité. Si la jurisprudence *Danthony* aboutit à neutraliser certaines irrégularités, une telle neutralisation répond à la volonté d'éviter qu'une irrégularité non substantielle puisse entraîner l'annulation d'une décision administrative puisque « l'annulation n'est pas toujours la sanction la plus adaptée à un vice de procédure »³⁶². Yann Aguila affirme, à ce propos, que finalement le réel souci avec le vice de procédure est de trouver le juste moment d'annulation pour éviter de remettre en cause des situations déjà acquises. Or, l'idée du référé pré-décisionnel est justement d'intervenir au moment où la décision administrative n'a pas encore produit d'effets sur la situation des administrés³⁶³. Dès lors, une annulation avant l'entrée en vigueur de la décision semble totalement appropriée pour faire respecter le principe de légalité sans compromettre les situations qui auraient déjà pu être consolidées.

Autrement dit, l'instauration d'un référé pré-décisionnel aurait le mérite de conjuguer parfaitement le principe de sécurité juridique avec le principe de légalité ; à tout le moins de légalité externe. Même si la mise en avant du principe de sécurité juridique par le juge pour neutraliser les irrégularités de procédure est souvent décriée par la doctrine, notamment parce qu'elle profiterait d'abord à l'administration et serait même préjudiciable à l'administré³⁶⁴, le juge défend, au contraire, que « la sécurité juridique et les jurisprudences qui la protègent ou la confortent sont, notamment en France, souvent décriées, à tort, comme un moyen plus ou moins contourné de protéger l'administration (...) [alors qu'elle] répond d'abord à un besoin

³⁶¹ CE, ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n° 335033, publié au recueil Lebon.

³⁶² AGUILA Yann, « Vers un référé pré-décisionnel ? Pour un traitement préventif des vices de procédure « tant qu'il est encore temps » », *op. cit.*

³⁶³ Quand bien même l'acte existe dès sa signature, V. CE, sect., 27 janvier 1961, *Daunizeau*, n° 46910 & autres, publiée au recueil Lebon.

³⁶⁴ V. par exemple MULIER Thibaud, « Le déclin partiel du contrôle de légalité externe des actes administratifs unilatéraux », RDP, n°3, 2019, p. 579.

de la société civile »³⁶⁵. Cependant, la contestation via le référé pré-décisionnel d'irrégularités commises ne saurait être balayée au motif de protection de la « *société civile* » dans la mesure où la décision administrative, n'étant pas encore entrée en vigueur, ne pourrait avoir produit des effets de droit et où aucune annulation pouvant produire des conséquences néfastes à l'égard de cette « *société civile* » ne sera prononcée. Si le référé pré-décisionnel venait réellement à être institué, il serait alors très intéressant d'analyser comment le juge le réceptionnerait et comment il examinerait le moyen tiré du vice de procédure au sein de cette voie de droit. Dans le cas souhaitable où il ne « danthonyserait » pas le vice de procédure, le juge fera taire les critiques qui lui sont adressées. Inversement, dans le cas où il continuerait à apprécier le vice de procédure comme il le fait actuellement dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, il perdrait toute crédibilité. Par conséquent, l'inapplication du critère du vice substantiel dans le cadre du référé pré-décisionnel semble tout à fait pertinente.

D'autre part, la revalorisation du vice de procédure et celle de la légalité externe par le référé pré-décisionnel seraient consenties par l'éradication de la dissonance dans la sanction des moyens de la légalité externe. En effet, une irrégularité commise soit au titre d'un vice de procédure ou d'une incompétence entraînerait l'annulation de la décision administrative, avec interdiction de publier l'acte administratif tel que présenté devant le juge. Il n'y aurait pas, dans ce cas, de traitement différencié des moyens de légalité externe car la seule sanction possible serait l'annulation. Même si l'administration pourrait régulariser une décision administrative entachée d'un vice de procédure, il reste que cette régularisation ne serait pas une régularisation comme nous avons pu le voir, mais une réfection³⁶⁶. Au contraire, cette régularisation ne serait finalement que la prise d'une nouvelle décision de la part de l'administration en évitant l'erreur qu'elle a pu commettre. D'ailleurs, aucune obligation ne pèserait sur l'administration de corriger l'irrégularité ; en effet une telle correction serait laissée à la libre appréciation de l'administration. La seule exigence serait de ne pas refaire la même erreur.

³⁶⁵ CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public annuel 2019*, La documentation française, 2020, p. 91.

³⁶⁶ V. *supra* Chapitre 1., Section 2.-, §2., A/ 1).

2) La mise en garde contre une atteinte à l'efficacité administrative

L'instauration d'un référé pré-décisionnel pourrait avoir comme conséquence de porter atteinte à l'efficacité administrative, et plus particulièrement au privilège du préalable ; principe d'une importance considérable en droit administratif (a). A cet égard, il conviendra d'en trouver les solutions par la recherche d'une conciliation entre le respect de ce principe et le contrôle *a priori* de la légalité externe envisagé par le référé (b).

a- L'importance du principe du privilège du préalable en droit administratif

Le privilège du préalable, expression issue du Professeur Maurice Hauriou dans une note sous l'arrêt *Olivier et Zimmermanno*³⁶⁷, est d'une importance telle que l'autorité des décisions administratives découle de ce principe et permet à l'autorité administrative d'agir efficacement et sans contrainte. Elle est le corollaire de la détention par l'administration de prérogatives de puissance publique.

Conséquence du privilège du préalable, les décisions administratives comportent une obligation à destination des administrés de respecter la norme administrative ; obligation qui apparaît dès son entrée en vigueur. Elles sont dotées de l'autorité de chose décidée³⁶⁸. L'entrée en vigueur de la décision administrative n'est alors pas, d'une part, subordonnée au consentement des administrés auxquels la décision s'adresse, et d'autre part, soumise à une saisine préalable d'un juge pour en vérifier la légalité. L'administration n'a pas besoin d'obtenir « *du juge un titre exécutoire qui l'habiliterait à agir* »³⁶⁹. Au contraire, la décision administrative acquiert un caractère exécutoire dès sa publication ; c'est-à-dire dès son entrée en vigueur. Un tel caractère exécutoire constitue d'ailleurs « *la règle fondamentale du droit public* »³⁷⁰. Finalement,

³⁶⁷ HAURIOU Maurice, note sous CE, 27 février 1903, *Olivier et Zimmermanno*, S., 1905. 3. 17, cité par SEILLER Bertrand, « Acte administratif : régime – substance », Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, 2015, actualisé en 2020.

³⁶⁸ SEILLER Bertrand, *op. cit.*

³⁶⁹ TCHEN Vincent, « Fasc. 108-10 : Exécution de l'acte administratif », JCl. Admin., LexisNexis, 2013, actualisé en 2014.

³⁷⁰ CE, ass., 2 juillet 1982, *M. Huglo*, n° 25288 & 25323, publié au recueil Lebon.

l'administré est tenu de se conformer immédiatement à la décision administrative quand bien même cette dernière serait illégale.

L'obligation de se conformer à un acte administratif même illégal, découlant du privilège du préalable, amène elle-même une seconde conséquence : la présomption de légalité attachée aux actes administratifs. La présomption de légalité des décisions administratives « *dispense (...) l'administration de démontrer préalablement à l'entrée en vigueur de ses décisions, leur conformité (...). Ce n'est donc pas à l'autorité administrative de démontrer a priori la légalité des décisions qu'elle prend mais aux particuliers, de prouver a posteriori leur illégalité* »³⁷¹. Dès lors, un administré qui souhaiterait contester un acte administratif ne pourra le faire qu'après publication de l'acte en saisissant un juge. Il ne pourra pas décider de ne pas se conformer au respect de la décision sous prétexte qu'il la considère illégale. Il peut néanmoins, s'il a connaissance de l'acte avant sa publication, selon la théorie de la connaissance acquise, le contester car un acte simplement signé mais non encore publié, donc n'ayant pas encore produit des effets de droit puisque non entré en vigueur, est susceptible de recours pour excès de pouvoir³⁷². L'exercice de ce dernier ne donnera cependant pas un effet suspensif dans le cas où, avant que le juge n'ait statué, l'administration décide de publier l'acte.

Une autre conséquence entraînée par le caractère exécutoire dévolu à l'égard des décisions administratives en raison du privilège du préalable concerne l'absence d'effet suspensif en cas de saisine du juge « *pour éviter la paralysie de l'action administrative* »³⁷³. Non seulement, l'administré ne peut pas empêcher l'entrée en vigueur d'un acte qu'il considérerait illégal par une saisine *a priori* du juge ; mais en plus, il ne peut bénéficier de la suspension de ses effets lorsqu'il le saisit. Toutefois, une nuance est à noter. Depuis une loi de 2000³⁷⁴, un requérant peut ajouter, à sa requête principale tendant à annuler pour excès de pouvoir un acte, un référé suspension³⁷⁵ afin de demander sa suspension si l'urgence le justifie et s'il existe un doute

³⁷¹ SEILLER Bertrand, *op. cit.*

³⁷² CE, sect., 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, n° 92099, publié au recueil Lebon.

³⁷³ SEILLER Bertrand, *op. cit.*

³⁷⁴ Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 *relative au référé devant les juridictions administratives*, publiée au *JORF* n° 151 du 1^{er} juillet 2000, p. 9948, article 4.

³⁷⁵ Article L. 521-1 du Code de justice administrative : « *Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision* ».

sérieux quant à sa légalité. Exceptée cette hypothèse, la saisine du juge n'entraîne pas suspension de l'acte administratif objet de la saisine en raison du privilège du préalable.

Par ailleurs, bien que la tendance actuelle en droit administratif soit de donner davantage de place aux administrés³⁷⁶, voire aux nouveaux citoyens administratifs³⁷⁷, dans l'élaboration de la décision administrative faisant alors perdre toute la vigueur au caractère unilatéral³⁷⁸ de la décision administrative, il reste qu'elle ne remet pas encore en cause l'importance du privilège préalable. Néanmoins, une entorse à ce principe aurait à coup sûr l'avantage d'améliorer les rapports entre administration et administrés, de renouveler la légitimité de la décision administrative et donc de renouveler l'efficacité de l'action administrative³⁷⁹. En effet, la contestation *a priori* d'une norme que l'administré considérerait comme illégale le ferait basculer d'un administré passif à un administré actif, tout en lui donnant un rôle dans l'élaboration de la décision administrative. L'acceptation de la norme par son destinataire serait alors plus aisée dans la mesure où davantage de normes légales seraient en vigueur puisque possibilité serait offerte de les contester avant qu'elles n'entrent en vigueur et impossibilité qu'une norme contrôlée *a priori* pourrait être publiée si elle était illégale. L'instauration d'un référé pré-décisionnel, par le rôle de l'administré en amont de l'entrée en vigueur de la décision et par le contrôle *a priori* de la légalité externe, participerait alors de l'amélioration des rapports entre administration et administrés et permettrait de légitimer davantage la décision administrative.

b- La recherche nécessaire d'une conciliation

³⁷⁶ V. à ce propos CHEVALLIER Jacques, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2017, 328 p.

³⁷⁷ V. en ce sens CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « La citoyenneté administrative », in GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice, YOLKA Philippe (dir.), *Traité de droit administratif*, t. 2, Dalloz, 2011, pp. 397-432 ; DUMONT Gilles, *La citoyenneté administrative*, CHEVALLIER Jacques (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université Panthéon Assas (Paris II), 2002, 750 p. ; MORIO Camille, *L'administré : essai sur une légende du droit administratif*, KADA Nicolas (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université de Grenoble Alpes, 2018, 703 p.

³⁷⁸ V. DEFOORT Benjamin, *La décision administrative*, SEILLER Bertrand (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université Panthéon Assas (Paris II), 2012, 706 p.

³⁷⁹ V. en ce sens TESTARD Christophe, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, CAUDAL Sylvie (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université de Lyon, 2016, publiée chez LGDJ, 2018, 786 p.

En raison de l'importance du privilège du préalable en droit administratif, l'instauration d'un référé pré-décisionnel risquerait de ne jamais voir le jour. C'est la raison pour laquelle il sera nécessaire pour pallier cette difficulté de rechercher une conciliation entre le respect de ce principe et le contrôle *a priori* de la légalité externe.

L'objectif du référé pré-décisionnel est de contrôler *a priori* la légalité externe, avant la publication, c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur, d'une décision administrative. Dans le cas où la décision respecte la légalité externe, alors elle pourra être publiée pour entrer en vigueur. A l'inverse, dans le cas où la décision ne respecte pas la légalité externe, alors elle ne pourra pas être publiée pour entrer en vigueur. Afin qu'un tel contrôle puisse être efficient et que le référé soit réellement utile, deux aspects doivent être considérés ici. D'une part, les potentiels requérants à ce référé doivent être mis en mesure de savoir qu'une décision a été prise et qu'elle va être publiée. D'autre part, la saisine du juge via un référé doit avoir un effet suspensif. C'est-à-dire que l'administration ne pourrait pas publier sa décision avant que le juge n'ait statué. Or ces deux aspects de la mise en œuvre concrète du référé pré-décisionnel portent en eux-mêmes atteinte au privilège du préalable.

Concernant l'information des potentiels requérants quant à l'existence d'une décision administrative non encore publiée, elle est nécessaire pour qu'ils puissent saisir le juge. Afin de remplir cette fonction, deux aspects sont alors à envisager : d'une part, un aspect que l'on pourrait qualifier de « temporel », et d'autre part, un aspect qui serait d'ordre « visuel ». S'agissant en premier lieu de l'élément temporel, ce dernier prend en compte le temps laissé aux requérants potentiels pour saisir le juge. Il faut qu'un temps nécessaire, entre la signature et la publication, soit laissé aux administrés afin qu'ils soient en mesure de saisir le juge. A l'inverse et avec pour souci le respect du privilège du préalable, il ne faut pas que ce temps laissé soit trop long. Un juste équilibre temporel est alors à rechercher pour saisir le juge. S'agissant en second lieu de l'élément visuel, ce dernier concerne le moyen par lequel les administrés seront informés de la prise d'un acte administratif qui entraînera publication pour être mis en vigueur. Aujourd'hui, il n'existe qu'une seule publication et celle-ci permet de rendre l'acte opposable. Avec le référé pré-décisionnel, deux publications devraient être en place : une première, après signature, donnant la possibilité aux administrés de saisir le juge administratif d'un référé, et une deuxième valant publication de mise en vigueur. Bien entendu, un tel système semble complexe à mettre en place. Toutefois, il pourrait être facilement contournable.

Concernant ensuite l'effet suspensif en cas de saisine du juge, il renvoie *in fine* au délai confié au juge pour statuer sur le référé. De même que pour le temps laissé au requérant pour pouvoir saisir le juge qui doit être ni trop long ni trop court, celui confié au juge pour statuer doit être ni trop long ni trop court. Trop court, le juge pourrait passer à côté d'un bon jugement ; trop long, le juge porterait atteinte à l'efficacité de l'action administrative puisque pendant ce temps l'administration ne peut voir sa décision appliquée. A ce titre, on pourrait se poser la question de savoir, s'il n'est pas mieux de considérer soit que le référé ne puisse intervenir qu'après publication de la décision et non pas avant, soit que la saisine du juge n'emporte pas d'effet suspensif. Si l'hypothèse de ne faire intervenir le référé qu'après publication a l'avantage d'éviter de porter atteinte à un aspect du privilège du préalable en ce que le juge n'a pas à donner de « *titre exécutoire* »³⁸⁰ pour permettre l'entrée en vigueur de la décision administrative, il reste que l'instauration d'un référé pré-décisionnel n'aurait pas grande utilité puisque la décision aurait déjà produit des effets sur la situation juridique des administrés. De tels effets se produiraient également même si on imposait au juge un délai précis pour statuer. Aussi, si l'hypothèse de ne pas donner d'effet suspensif à la saisine du juge a pour atout de ne pas porter atteinte au privilège du préalable dans la mesure où l'administration n'a pas à attendre que le juge statue pour faire entrer en vigueur son acte, il n'en demeure pas moins qu'elle n'est pas souhaitable pour deux raisons. La première tient, comme pour la première hypothèse, aux effets sur la situation des administrés que la décision aurait déjà pu produire. La deuxième, qui est également valable pour la première hypothèse, renvoie au fait que le juge pourrait être amené à contrôler le vice de procédure de la même façon qu'il l'effectue aujourd'hui³⁸¹. Dans une telle perspective, le référé pré-décisionnel ne remplirait alors pas le but qui lui est assigné, à savoir revaloriser la légalité externe par une revalorisation du vice de procédure.

Ainsi, l'instauration d'un référé pré-décisionnel aurait pour effet de revaloriser la légalité externe par une revalorisation du vice de procédure. Toutefois, en raison de l'importance considérable en droit administratif du privilège du préalable, sa mise en œuvre semble délicate. Elle soulève davantage d'interrogations qu'elle n'en résout. On pourrait, d'ailleurs, en soulever d'autres, comme par exemple, l'autorité de la décision du juge statuant sur ce référé, le potentiel engorgement des tribunaux, la possibilité de soulever ou non dans le cadre d'un recours classique hors référé la légalité externe d'une décision, etc.

³⁸⁰ TCHEN Vincent, *op. cit.*

³⁸¹ Voir *supra* Chapitre 1. Section 2.

Malheureusement, trouver des solutions à ces difficultés n'est pas chose aisée, d'autant que, comme le prétend Thomas Perroud, il n'existe pas d'équivalent en droit comparé, c'est-à-dire « *de système juridique pouvant servir de guide* »³⁸². La mise en place d'un référé pré-décisionnel est alors en quête d'inspiration.

B/ Une proposition en quête d'inspiration

Afin d'aider à la confection d'un référé pré-décisionnel, le nouveau recours en appréciation de régularité issu de la loi ESSOC³⁸³ (1) ainsi que le référé précontractuel (2) serviront d'inspiration.

1) La recherche d'inspiration dans le nouveau recours en appréciation de régularité issu de la loi ESSOC

Dénommé ici recours en appréciation de régularité, le choix du terme « recours », à l'instar de Bertrand Seiller³⁸⁴, plutôt que « demande » ou « rescrit », ne se base sur aucune considération particulière, si ce n'est esthétique. A vrai dire, nous avons conscience que l'emploi de l'expression « demande en appréciation de régularité » serait plus exacte. Néanmoins, l'utilisation du mot « recours » peut, également, être tout à fait appropriée en ce sens que cette voie de droit s'inscrit dans une perspective contentieuse. En revanche, il ne sera pas fait mention de la notion « rescrit juridictionnel » dans la mesure où, comme l'énoncent avec pertinence Latetita Janicot et Rotoullie Jean-Charles, elle est « *impropre en ce qu'elle ne décrit pas complètement les particularités de la demande en appréciation de régularité et du rescrit* »³⁸⁵ administratif, c'est-à-dire de la prise de position formelle de l'administration.

Cette précision étant établie, il reste à expliquer la méthode adoptée pour atteindre l'objectif tenant à trouver de l'inspiration pour le référé pré-décisionnel. Tout d'abord, le choix de cette

³⁸² PERROUD Thomas, *op. cit.*

³⁸³ Loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance, publié au JORF n° 0184 du 11 août 2018, article 54.

³⁸⁴ SEILLER Bertrand, « Pour un État au service d'une société de confiance : présentation », RFDA, 2018, p. 809.

³⁸⁵ JANICOT Laetitia, ROTOULLIE Jean-Charles, « La demande en appréciation de régularité d'une décision administrative », RFDA, 2018, p. 821.

source d'inspiration issu de la loi ESSOC n'est pas anodin parce qu'il a *a priori*, tout comme le référé pré-décisionnel, pour but de revaloriser le vice de procédure et la légalité externe de façon plus globale (a). Ensuite, après analyse de la loi, du décret³⁸⁶ ainsi que de la doctrine concernant la demande en appréciation de régularité, il a été question de formuler des remarques. Ces dernières ne sont pas à proprement parler des suggestions à partir des lesquelles le référé pré-décisionnel devrait s'inspirer en les reprenant à son compte. Elles sont, au contraire, mises en avant afin que le référé pré-décisionnel évite d'aller dans leur sens. On pourrait alors prétendre que cette nouvelle voie de droit constitue une source d'inspiration « négative ». Autrement dit, il s'agit ici de mettre en exergue certaines particularités du recours en appréciation de régularité à éviter plutôt qu'à reproduire.

Finally, l'analyse a prouvé que le référé pré-décisionnel devrait se détacher du nouveau recours en ce que, contrairement à ce qu'il laisse penser, le recours en appréciation de régularité ne favorise pas le principe du privilège du préalable – il lui est même indifférent - (b) et renoue avec une altération, que nous nous sommes attachés à mettre en évidence dans la première partie de notre étude, de la légalité externe (c).

a- Un recours expérimental, prémices à l'instauration d'un référé pré-décisionnel ?

Le nouveau recours en appréciation de régularité n'a pas été choisi au hasard. En effet, à l'instar du référé pré-décisionnel, il a pour objectif de revaloriser la légalité externe en revalorisant en particulier le vice de procédure. Il diffère néanmoins du référé pré-décisionnel en ce qu'il serait souhaitable pour ce dernier de pouvoir, notamment, saisir le juge avant que l'acte n'entre en vigueur. Au contraire, s'agissant du recours en appréciation, le juge ne peut être saisi qu'*a posteriori*, c'est-à-dire une fois que l'acte a été publié ou notifié³⁸⁷. Par ailleurs, cette nouvelle voie de droit instituée par l'article 54 de la loi ESSOC n'a pas vocation à devenir immuable car elle a été établie uniquement à titre expérimental. L'ensemble de ces éléments

³⁸⁶ Décret n° 2018-1082 du 4 décembre 2018 *relatif à l'expérimentation des demandes en appréciation de régularité*, publié au *JORF* n° 0282 du 6 décembre 2018.

³⁸⁷ Loi n° 2018-727, *op. cit.*, art. 54 : « II.- La demande en appréciation de régularité est formée dans un délai de trois mois à compter de la notification ou de la publication de la décision en cause ».

décrits laisse, alors, légitimement à songer que le recours en appréciation de régularité puisse constituer un premier pas vers le référé pré-décisionnel. En tout état de cause, cette création de la loi ESSOC rend pertinente l'idée de l'instauration d'un référé pré-décisionnel puisque non dépourvu de tout rattachement avec la réalité.

La revalorisation de la légalité externe, et plus particulièrement, du vice de procédure procède de la conjugaison, *a priori* avec un meilleur équilibre, entre sécurité juridique et principe de légalité. L'idée de cette nouvelle voie de droit est d'avertir suffisamment tôt les personnes intéressées à une décision administrative des illégalités ou non dont elle est entachée et en particulier des irrégularités de procédure³⁸⁸. C'est la raison pour laquelle le juge dispose d'un délai maximum de six mois³⁸⁹ pour statuer sur la demande d'appréciation de régularité. L'idée du référé pré-décisionnel est également de prévenir le plus tôt possible – et même avant l'entrée en vigueur - les illégalités externes d'une décision administrative. A l'inverse du référé pré-décisionnel, le recours en appréciation a seulement pour but d'avertir de l'existence d'une irrégularité externe le plus tôt possible et non pas d'annuler une décision pour une irrégularité externe le plus tôt possible. Par ailleurs, il ne s'agit pas de contrôler uniquement le plus tôt possible le vice de procédure, « *contrairement [à ce que prévoyait le] projet de loi initial soumis à l'avis du Conseil d'État, qui ne portait que sur le vice de procédure* »³⁹⁰, mais également le vice de forme et le moyen tiré de l'incompétence. Le Conseil d'État a en effet considéré que « *le juge saisi de la demande en appréciation de régularité devra examiner l'ensemble des questions de légalité externe, y compris celle de la compétence de l'auteur de l'acte, exclue du projet du Gouvernement, sous peine de priver le dispositif d'une part importante de son efficacité* »³⁹¹. L'article 54 de la loi ESSOC dispose à cet égard que « *le bénéficiaire ou l'auteur d'une décision administrative non réglementaire (...) peut saisir le tribunal administratif d'une demande tendant à apprécier la légalité externe de cette décision* ». Ainsi, un tel contrôle de l'ensemble de la légalité externe et non pas uniquement du vice de procédure, alors même que l'idée originelle était de valoriser uniquement le vice de procédure, a l'avantage de revaloriser la légalité externe dans son entièreté puisqu'il évite un éclatement du contrôle des moyens de légalité externe.

³⁸⁸ ALHAMA Frédéric, « Précisions sur la demande en appréciation de régularité », AJDA, 2019, p. 330.

³⁸⁹ Décret n° 2018-1082, *op. cit.*, art. 7 : « *Le tribunal administratif statue dans les six mois suivant le dépôt de la demande* ».

³⁹⁰ JANICOT Laetitia, ROTOULLIE Jean-Charles, *op. cit.*

³⁹¹ CE, avis, ass., 23 novembre 2017, *Projet de loi pour un État au service d'une société de confiance*, n° 393744, [en ligne], [consulté le 20 juin 2020], <https://www.conseil-etat.fr/ressources/avis-aux-pouvoirs-publics/derniers-avis-publics/projet-de-loi-pour-un-etat-au-service-d-une-societe-de-confiance>

Constituant *a priori* une voie de droit pour revaloriser le vice de procédure et de façon plus globale la légalité externe à l'instar du référé pré-décisionnel, le recours en appréciation de régularité pourrait être un premier pas tendant à l'instauration du référé pré-décisionnel ; ce dernier étant plus audacieux que le premier. Surtout, son caractère pour l'instant expérimental, d'une durée de trois ans³⁹², laisserait facilement place à son remplacement par une voie de droit plus ambitieuse que propose le référé pré-décisionnel. Une telle expérimentation d'une nouvelle voie de droit est d'ailleurs « *novatrice dans le domaine du contentieux administratif* »³⁹³ suggérant que des procédés soient réellement à l'étude, et pas simplement enfermés dans le cadre d'une discussion, afin de valoriser la légalité externe et le vice de procédure en particulier³⁹⁴. En outre, comme le prévoit l'article 10 du décret d'application de l'article 54 de la loi ESSOC³⁹⁵, l'expérimentation fera l'objet d'un rapport d'évaluation. Bien que – et nous partageons cette remarque – une expérimentation d'une durée de trois ans soit trop courte pour être en mesure de tirer de réelles conclusions sur l'efficacité de la demande en appréciation de régularité comme le souligne le Professeur Olga Mamoudy³⁹⁶, il reste que ce rapport sera l'occasion de s'attarder, encore une fois, sur le traitement des illégalités externes, mais, cette fois avec l'idée de les revaloriser et non pas celle de les traiter au profit de la sécurité juridique et à leur détriment. En tout état de cause, cette expérimentation constitue, à n'en pas douter, une source de rattachement à la réalité pour le référé pré-décisionnel.

b- Un recours favorisant fallacieusement le privilège du préalable

³⁹² Loi n° 2018-727, *op. cit.*, art. 54 : « *IV.- L'expérimentation est menée, pour une durée de trois ans à compter de la publication du décret en Conseil d'État prévu au V* ».

³⁹³ MAMOUDY Olga, « La demande en appréciation de régularité : une « purge juridictionnelle » à l'avenir incertain », AJDA, 2018, p. 1821.

³⁹⁴ V. notamment CONSEIL D'ÉTAT, *Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets*, La documentation française, 2014, p. 71 et suiv.

³⁹⁵ Décret n° 2018-1082, *op. cit.*, art. 10 : « *Au plus tard six mois avant le terme de l'expérimentation, le Conseil d'État adresse au Gouvernement et au Parlement un rapport d'évaluation. Ce rapport indique notamment : 1° Le nombre de demandes en appréciation de régularité jugées recevables, pour chacune des catégories de décisions entrant dans le champ de l'expérimentation ; 2° Le nombre de pourvois formés à l'encontre des décisions des tribunaux ; 3° Le nombre de décisions juridictionnelles constatant la légalité externe des décisions administratives en cause ; 4° Le nombre de décisions de cassation infirmant la solution retenue par le tribunal. Le rapport fait également état, le cas échéant, des difficultés rencontrées par le juge pour appliquer les dispositions du code de justice administrative à la demande en appréciation de régularité, ainsi que des propositions qui pourraient être faites à ce sujet dans l'hypothèse d'une généralisation du dispositif.* ».

³⁹⁶ MAMOUDY Olga, *op. cit.*

Contrairement au référé pré-décisionnel, la demande en appréciation de régularité ne porte pas atteinte à l'efficacité administrative et en particulier au privilège du préalable. L'exercice de la nouvelle voie de droit n'empêche pas son entrée en vigueur et n'a pas pour effet de suspendre l'exécution de la décision administrative objet de la demande en appréciation de validité. Cependant, en analysant les seules décisions administratives à propos desquelles la demande en appréciation est ouverte, il est à constater, même si la nouvelle voie de droit issue de la loi ESSOC était ouverte avant que les décisions n'entrent en vigueur et même s'il n'était pas possible de procéder aux mesures de publication si elles étaient entachées d'irrégularités, qu'en pratique le privilège du préalable n'aurait pas été impacté.

Une technique a été trouvée dans le cadre du recours en appréciation de validité afin de ne pas porter atteinte au privilège du préalable tout en examinant le plus tôt possible la légalité externe d'une décision administrative dans un souci de sécurité juridique. Le paragraphe 2 de l'article 54 dispose que « *la demande en appréciation de régularité est formée dans un délai de trois mois à compter de la notification ou de la publication de la décision en cause* »³⁹⁷. Le délai de recours est supérieur au délai de droit commun, qui est de deux mois, et intervient à l'issue de la publication ou de la notification, c'est-à-dire seulement après que la décision est entrée en vigueur. Il n'y a donc pas d'intervention du juge *a priori* et donc pas d'atteinte au privilège du préalable. Toutefois, le juge ne peut pas statuer sur la demande quand il le souhaite, ou tout simplement quand il le peut, sous la réserve d'un délai raisonnable³⁹⁸. En effet, l'article 7 du décret d'application prévoit que « *le tribunal administratif statue dans les six mois suivant le dépôt de la demande* »³⁹⁹. Même s'il est à noter que le décret n'envisage pas le cas dans lequel un tribunal ne statuerait pas dans ce délai de six mois, il reste que cette obligation permet de contrôler le plus tôt possible la légalité externe tout en favorisant le privilège du préalable.

Néanmoins, deux raisons suggèrent que la volonté de ne pouvoir saisir le juge qu'après la publication ou la notification de la décision, afin de préserver le privilège du préalable et donc l'efficacité administrative, n'est qu'un leurre. Si notre affirmation est vérifiée, il ne sera dès lors pas impossible de faire intervenir le référé pré-décisionnel avant l'entrée en vigueur d'une décision administrative. La première raison tient à des considérations pratiques. En effet, sachant, d'une part, que la réponse du juge au recours en appréciation de régularité a pour but

³⁹⁷ Loi n° 2018-727, *op. cit.*, art. 54.

³⁹⁸ V. en ce sens CE, ass., 28 juin 2002, *Ministre de la justice c/ Magiera*, n° 239575, publié au recueil Lebon.

³⁹⁹ Décret n° 2018-1082, *op. cit.*, art. 7.

d'intervenir le plus tôt possible afin de délivrer un brevet de légalité externe, et sachant, d'autre part, que l'auteur de la décision, c'est-à-dire l'administration, est en droit d'exercer la nouvelle voie de droit, l'administration a alors tout intérêt à attendre que le juge statue. Dès lors, même si la demande ne peut être effectuée qu'après publication ou notification, c'est-à-dire après que la décision est entrée en vigueur, l'acte administratif ne sera, en pratique, pas appliqué. La seconde raison est inhérente à la nature des décisions administratives susceptibles de faire l'objet d'une demande d'appréciation. Le champ d'application *ratione materiae* du recours en appréciation est limité à quelques décisions administratives⁴⁰⁰. Or, ces dernières - exceptées dans une certaine mesure les arrêtés d'ouverture de l'enquête publique à une déclaration d'utilité publique et les arrêtés d'ouverture d'une enquête parcellaire - ne sont pas des décisions ayant pour effet de s'appliquer immédiatement. Il n'y a, d'ailleurs, aucune décision réglementaire pouvant faire l'objet d'une demande en appréciation de régularité. Elles n'entraînent pas *ipso facto* d'effets concrets sur la situation des administrés. Si l'on prend l'exemple de la déclaration d'utilité publique, qui n'est ni un acte réglementaire, ni un acte créateur de droits⁴⁰¹, il ne s'agit que d'une décision valant déclaration d'intention⁴⁰². Elle est le préalable à un arrêté de cessibilité, qui lui, à l'inverse de la déclaration d'utilité publique, emporte concrètement des effets. Ainsi, si le recours en appréciation de régularité par le fait qu'il ne soit susceptible d'être exercé qu'après publication ou notification de la décision administrative semble favoriser le privilège du préalable, il reste que cela est trompeur. Dès lors, il ne serait pas impossible qu'un référé pré-décisionnel intervienne avant la publicité d'un acte.

⁴⁰⁰ Décret n° 2018-1082, *op. cit.*, art. 2 : « Les décisions non réglementaires entrant dans le champ du deuxième alinéa du I de l'article 54 de la loi du 10 août 2018 visée ci-dessus sont les suivantes : 1° Les arrêtés déclarant l'utilité publique sur le fondement de l'article L. 121-1 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique et les arrêtés de prorogation pris sur le fondement de l'article L. 121-5 du même code ; 2° Les arrêtés d'ouverture de l'enquête publique préalable à une déclaration d'utilité publique pris sur le fondement des articles R. 112-1 à R. 112-3 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique ; 3° Les arrêtés d'ouverture d'une enquête parcellaire pris sur le fondement de l'article R. 131-4 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique ; 4° Les déclarations d'utilité publique en matière d'opérations de restauration immobilière prises sur le fondement de l'article L. 313-4-1 du code de l'urbanisme ; 5° Les arrêtés préfectoraux créant une zone d'aménagement concerté sur le fondement de l'article R. 311-1 du code de l'urbanisme ; 6° Les arrêtés déclarant insalubres des locaux et installations utilisés aux fins d'habitation sur le fondement de l'article L. 1331-25 du code de la santé publique ; 7° Les arrêtés déclarant un immeuble à titre irrémédiable sur le fondement du I de l'article L. 1331-28 du code de la santé publique ».

⁴⁰¹ V. par exemple CE, 20 mars 1968, *Dame Veuve Guillaume*, n° 70371, mentionné aux tables du recueil Lebon.

⁴⁰² Rappelé, par exemple, par TA Nantes, 14 mars 1991, *Département de la Vendée c/ Préfet de la Vendée*, n° 90.2680, *CRJO* n° 64596, cité par HOSTIOU René, « Chronique d'urbanisme, environnement, expropriation », *Revue juridique de l'Ouest*, 1991, pp. 531-543.

c- Un recours renouant avec une altération de la légalité externe

L'altération de la légalité externe, entraînée par l'exercice du nouveau recours issu de la loi ESSOC, est le résultat, d'une part, d'un traitement différencié de la légalité externe (i), et d'autre part, de l'apposition possible d'un faux brevet de légalité externe, ou plutôt, d'un brevet de légalité externe sur une décision contenant encore des vices de légalité externe (ii).

i. Un traitement différencié de la légalité externe

Le traitement différencié de la légalité externe dans le cadre du recours en appréciation de régularité, entraînant une altération de la légalité externe, s'explique pour deux raisons. La première raison concerne l'application du relevé d'office dans le cadre du recours en appréciation, tandis que la seconde renvoie au traitement plus global de la légalité externe qui est différencié selon que l'on se trouve dans le cadre du recours pour excès de pouvoir ou du recours en appréciation de régularité.

En premier lieu, les moyens de légalité externe sont traités différemment, via l'application discrétionnaire du relevé d'office, dans le cadre du recours en appréciation renouant avec altération de la légalité externe. En effet, l'article 54 de la loi ESSOC dispose que le tribunal « *se prononce sur tous les moyens de légalité externe qui lui sont soumis ainsi que sur tout motif d'illégalité externe qu'il estime devoir relever d'office, y compris s'il n'est pas d'ordre public* »⁴⁰³. Certes, le juge ne pourra pratiquer l'économie des moyens, et donc privilégier un moyen de légalité externe plutôt qu'un autre, puisqu'il devra se prononcer « *sur les tous les moyens de légalité externe* » qui ont été soulevés par les requérants. Toutefois, lorsque les requérants ne soulèvent pas un moyen, le juge peut le relever d'office. Dans la première partie de notre étude, nous avons constaté, d'une part, que le relevé d'office était un instrument réservé aux moyens d'ordre public, et plus précisément au moyen tiré de l'incompétence, et d'autre part, que cet instrument était parfois appliqué à l'égard du vice de procédure qui ne constitue pourtant pas un moyen d'ordre public. Nous avons, également et à la suite de cette

⁴⁰³ Loi n° 2018-727, *op. cit.*, art. 54.

constatation, affirmé que la différenciation induite par l'application de cet instrument participait du déclin de la légalité externe. Or ici, l'article 54 affirme que le juge peut relever d'office, non pas tous les moyens de légalité externe, mais ceux « *qu'il estime devoir relever d'office, y compris s'il n'est pas d'ordre public* ». Non seulement, cela a pour conséquence de toujours différencier les moyens de légalité externe entre eux. Mais, en plus, cette différenciation complexifie davantage le traitement, déjà différencié, de la légalité externe en raison du fait que le relevé d'office n'est pas cantonné, dédié exclusivement, à certains moyens et que tous les moyens de légalité externe peuvent alors être relevés d'office, et ce, à la condition que le juge l'*estime* nécessaire. Par ailleurs, on ne sait pas encore si, dans le cadre de ce recours, le juge appliquera le critère du vice substantiel à l'égard du vice de procédure⁴⁰⁴ et s'il continuera alors à différencier encore plus les moyens de légalité externe entre eux via ce deuxième instrument. Quoi qu'il en soit, le recours en appréciation de régularité renoue avec une altération de la légalité externe par l'application du relevé d'office, instrument de différenciation.

En second lieu, l'apparition d'une nouvelle voie de droit ouverte exclusivement à l'égard de certaines décisions administratives en parallèle du recours pour excès de pouvoir pour contrôler la légalité externe aboutit à traiter différemment cette dernière selon la nature de l'acte litigieux⁴⁰⁵. D'une part, selon que l'on se trouve dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir ou d'une demande en appréciation de régularité, certains vices de légalité externe pourront ou non être relevés d'office par le juge. Dans le cadre de la demande en appréciation de régularité, certains vices de procédure pourront être relevés d'office, alors qu'ils ne le seraient pas dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. D'autre part, la sanction accordée à une décision administrative entachée d'un vice de légalité externe est différente selon que l'on se trouve dans le cadre du recours en appréciation de régularité ou dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. Non seulement, nous avons constaté dans la première partie de notre étude qu'il existait déjà une différenciation dans la sanction des moyens de légalité externe, au sein même du recours pour excès de pouvoir, entre chacun d'entre eux. Mais, avec la demande en appréciation de régularité, la sanction d'une illégalité externe dont est entachée une décision administrative est davantage différenciée. D'ailleurs, dans le cadre de la demande en appréciation, il n'y a pas à proprement parler de sanction puisque le juge s'arrête au constat d'une illégalité. Comme le soulignent Laetitia Janicot et Jean-Charles Rotoullie, « *la*

⁴⁰⁴ ALHAMA Frédéric, *op. cit.*

⁴⁰⁵ JANICOT Laetitia, ROTOULLIE Jean-Charles, *op. cit.*

déclaration d'illégalité de la décision administrative n'emporte, à la lecture de la loi, aucune obligation pour l'administration de la faire disparaître. La déclaration d'illégalité produit à ce titre les mêmes effets que l'exception d'illégalité : l'acte administratif est déclaré illégal, mais il n'est pas pour autant annulé par le juge administratif »⁴⁰⁶. Elle ne pourra, en tout état de cause, l'appliquer conformément à la jurisprudence *Ponard*⁴⁰⁷.

Surtout, si le brevet de légalité externe s'imposait aux autres juges, il en serait moins sûr de la déclaration de l'illégalité externe d'une décision administrative, aboutissant à différencier encore davantage les moyens de légalité externe selon le moment au cours duquel ils seraient contestés. En effet, dans le droit commun, selon une jurisprudence constante, la déclaration d'illégalité n'a qu'un effet relatif, elle ne s'impose pas à tous⁴⁰⁸. Dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, le juge administratif ne serait alors pas tenu par la déclaration d'illégalité du juge du recours en appréciation de régularité, et donc pourrait ne pas reprendre, voire constater, l'illégalité déclarée. Autrement dit, le juge de la demande d'appréciation de la régularité pourrait affirmer que tel vice soulevé constitue une illégalité externe, alors que le juge de l'excès de pouvoir pourrait affirmer le contraire. Comme la loi ESSOC ou encore le décret d'application sont silencieux concernant la déclaration d'illégalité de ce juge, il semble que la seule possibilité pour voir disparaître cette décision entachée d'illégalité procède de la saisine du juge de l'excès de pouvoir, soit par voie d'action, soit par voie d'exception. Or, le juge de l'excès de pouvoir ne serait pas tenu par une déclaration d'illégalité du juge de l'appréciation de régularité. Ainsi, pour une même irrégularité, elle pourra à la fois être déclarée illégale comme légale selon le moment au cours duquel elle est soulevée ; voire en fonction du juge devant lequel elle est présentée.

Par conséquent, l'apparition du recours en appréciation, réservé à quelques décisions administratives, aboutit à traiter de façon différenciée la légalité externe selon la nature de l'acte et selon le moment au cours duquel le vice de légalité externe est soulevé, et a pour effet de complexifier cette différenciation déjà existante entre les moyens de légalité externe.

⁴⁰⁶ *Ibid.*

⁴⁰⁷ CE, 14 novembre 1958, *Ponard*, n° 35399, publié au recueil Lebon.

⁴⁰⁸ V. par exemple CE, 5 juin 1981, *Layani*, n° 23721, inédit au recueil Lebon ; V. également en ce sens MELLERAY Fabrice, « L'étendue de l'autorité de chose jugée des déclarations d'illégalité d'actes administratifs opérées par le juge administratif », AJDA, 2004, p. 138.

ii. L'apposition d'un brevet de légalité externe : un faux-semblant

Selon l'étude d'impact de la loi ESSOC, la demande en appréciation de régularité a pour principal objectif « *d'apurer d'éventuelles illégalités externes* »⁴⁰⁹ et d'apposer un brevet de légalité externe. L'idée consiste à permettre à ce qu'un juge contrôle le plus tôt possible la légalité externe d'un acte administratif et, en l'absence d'illégalités externes, qu'il y apporte un brevet de légalité externe. Ce dernier est attesté dans la loi par la mention suivante : « *si le tribunal constate la légalité externe de la décision en cause, aucun moyen tiré de cette cause juridique ne peut plus être invoqué par voie d'action ou par voie d'exception à l'encontre de cette décision* »⁴¹⁰. Certes, la légalité externe d'une décision ne pourra plus être contrôlée. Toutefois, contrairement à la règle issue de la jurisprudence *CFDT Finances*⁴¹¹ selon laquelle un vice de forme ou un vice de procédure ne peut plus être examiné par un juge par voie d'exception même s'il ne l'a jamais été, le vice de procédure ou le vice de forme aura, ici, déjà été examiné par un juge. Si, l'apposition d'un brevet de légalité semble ainsi *a priori* conjuguer parfaitement la légalité externe avec le principe de sécurité juridique, il reste, cependant, que des illégalités externes peuvent perdurer au sein d'une décision administrative alors même qu'un juge l'a contrôlée. Peu importe les raisons pour lesquelles des illégalités peuvent toujours être présentes alors même que le juge est censé avoir contrôlé l'acte qu'il déclare légal - à tout le moins concernant la légalité externe -, une telle pratique aurait pour conséquence de hiérarchiser les irrégularités entre elles, c'est-à-dire entre celles qui seraient considérées comme légales et celles qui ne le seraient pas.

Outre l'hypothèse – jamais souhaitable - selon laquelle le juge pourrait ne pas voir une illégalité externe, il existe deux hypothèses où le juge pourrait, discrétionnairement, ne pas vouloir consacrer l'illégalité en cause alors même qu'elle en constitue une objectivement. La première renvoie à l'application du critère du vice substantiel⁴¹². La deuxième tient à l'application du relevé d'office. Si un requérant n'a pas soulevé un vice de légalité externe dont serait entachée

⁴⁰⁹ Étude d'impact du Projet de loi *pour un État au service d'une société de confiance*, 2017, p. 188, [en ligne], [consulté le 22 juin 2020], http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b0424_etude-impact

⁴¹⁰ Loi n° 2018-727, *op. cit.*, art. 54.

⁴¹¹ CE, ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, n°414583, publié au recueil Lebon.

⁴¹² V. *supra* Chapitre 1. Section 2.- §1.

la décision administrative et que le juge considérerait que ce vice n'est pas assez grave pour être soulevé d'office, bien qu'il constituerait ou non un vice substantiel, alors une illégalité externe pourra toujours figurer au sein de la décision administrative. Elle le pourra d'autant plus qu'il ne sera plus possible, selon l'article 54 de la loi ESSOC, de contester par voie d'action ou par voie d'exception des moyens de légalité externe. Gilles Dumont énonce à ce titre que « *la sécurité juridique des décisions administratives en sortira renforcée, une nouvelle fois au détriment du droit au recours* »⁴¹³. C'est alors dans cette optique qu'une question prioritaire de constitutionnalité a été présentée devant le Conseil constitutionnel⁴¹⁴ dans laquelle les requérants, l'union syndicale des magistrats administratifs et le syndicat de la juridiction administrative, arguaient, notamment, d'une atteinte au droit au recours juridictionnel effectif. Cet argument a été balayé par les membres de l'institution de la rue Montpensier notamment parce que, même si l'apposition d'un brevet de légalité est « *susceptible de priver les requérants de la faculté d'invoquer certains moyens pour contester une décision administrative* »⁴¹⁵, elle répond à un « *objectif d'intérêt général* »⁴¹⁶ qui est de « *limiter l'incertitude juridique pesant sur certains projets de grande ampleur* »⁴¹⁷.

Surtout, cette hypothèse de faux semblant d'apposition d'un brevet de légalité externe peut d'autant plus prospérer eu égard au champ d'application *ratione personae* particulièrement restreint. En effet, seul « *le bénéficiaire ou l'auteur d'une décision administrative* »⁴¹⁸ peut exercer un recours en appréciation de régularité. Selon Frédéric Alhama, le bénéficiaire d'une décision, notion non définie par le législateur ou par le pouvoir réglementaire, pourrait être entendu comme « *toute personne ayant intérêt au maintien de cette décision* »⁴¹⁹. De plus, l'auteur de la décision administrative, qui n'est nul autre que l'administration, a lui aussi tout intérêt à son maintien. A cet égard, le Professeur Olga Mamoudy souligne, en citant les propos de Jacques Petit, que « *l'inclusion de l'auteur de la décision est pour le moins curieuse. Comme le souligne Jacques Petit, « il semble très hétérodoxe de prévoir à l'auteur même d'un acte administratif d'attaquer sa propre décision. Il n'a en effet aucun intérêt à soulever l'ensemble*

⁴¹³ DUMONT Gilles, « La loi ESSOC, révolution ou involution ? », AJDA, 2018, p. 1815 ; V. également PLESSIX Benoit, « Ce besoin animal de sécurité », Dr. Adm., n° 1, 2018, repère 1 ; MAMOUDY Olga, *op. cit.*

⁴¹⁴ CC, 28 juin 2019, n° 2019-794 QPC, *Union syndicale des magistrats administratifs et autre*, publiée au JORF n° 0149 du 29 juin 2019 ; V. également LE BOT Olivier, « Le recours en appréciation de régularité respecte-t-il le droit à un recours juridictionnel effectif ? », Constitutions, 2019, p. 377.

⁴¹⁵ *Ibid.*

⁴¹⁶ *Ibid.*

⁴¹⁷ *Ibid.*

⁴¹⁸ Loi n° 2018-727, *op. cit.*, art. 54.

⁴¹⁹ ALHAMA Frédéric, *op. cit.*

des moyens de légalité externe à l'encontre de l'acte dont il est lui-même l'auteur »⁴²⁰ »⁴²¹ ; tout en ajoutant qu'il est « *contestable* »⁴²² d'avoir écarté les tiers de la possibilité d'exercer cette nouvelle voie de droit en raison de la volonté première consistant à sécuriser la décision administrative. Également, Laetitia Janicot et Jean-Charles Rotoullie mettent en avant le fait que « *ni l'administration dont les actes sont présumés légaux, ni les bénéficiaires d'un acte (...) n'ont a priori d'intérêt à ce que le juge les déclare illégaux* »⁴²³. L'auteur et le bénéficiaire n'ont alors aucun intérêt à soulever des moyens de légalité externe. Surtout, stratégiquement, ils devraient même uniquement se contenter de saisir le juge d'une demande d'appréciation de régularité sans soulever de moyens de légalité externe. Dans ce cas, il reviendrait au juge administratif, d'après l'article 54 de la loi ESSOC, de se prononcer « *sur tout motif d'illégalité externe qu'il estime devoir relever d'office, y compris s'il n'est pas d'ordre public* ». Or, cela ferait reposer intégralement sur le juge la charge d'examiner tous les moyens de légalité externe, avec un risque plus élevé de passer à côté d'un vice, favorisant davantage une déclaration de légalité et donc l'apposition d'un brevet de légalité externe alors même que la décision pourrait contenir des vices de légalité externe. Une nuance est néanmoins à noter puisque les tiers sont admis à intervenir⁴²⁴ dans la procédure et peuvent en conséquence soulever des moyens que le bénéficiaire ou l'administration n'aurait pas intérêt à soulever, et que le juge ne relèverait pas d'office. Le juge serait d'ailleurs obligé de répondre aux moyens soulevés par les tiers, car, comme il l'a été dit, il lui est interdit de pratiquer l'économie de moyens dans le cadre du recours en appréciation de régularité.

Par ailleurs, le fait que l'administration puisse saisir le juge en amont, pour lui donner un brevet de légalité externe, apparaît d'autant plus surprenant qu'elle heurte l'indépendance de la justice administrative, c'est-à-dire la séparation entre l'administration et la justice administrative. Malgré une contestation en ce sens devant le Conseil constitutionnel, ce dernier n'a toutefois pas reconnu une atteinte à la séparation des pouvoirs⁴²⁵.

⁴²⁰ SENAT, *Rapport fait au nom de la commission spéciale sur le projet de loi*, cité par MAMOUDY Olga, *op. cit.*

⁴²¹ MAMOUDY Olga, *op. cit.*

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ JANICOT Laetitia, ROTOULLIE Jean-Charles, *op. cit.*

⁴²⁴ Décret n° 2018-1082, *op. cit.*, art. 4.

⁴²⁵ CC, 28 juin 2019, n° 2019-794 QPC, *op. cit.*

2) La recherche d'inspiration dans le référé précontractuel

La recherche d'inspiration dans le référé précontractuel⁴²⁶, qui se rapporte pourtant à un contentieux de pleine juridiction, tient au champ d'application que celui-ci recouvre selon Yann Aguila⁴²⁷. En effet, le référé précontractuel tend à contester et à rectifier le non-respect des procédures de mise en concurrence et de publicité dans le cadre des contrats de la commande publique « *avant la conclusion du contrat* »⁴²⁸. Or, le référé pré-décisionnel consisterait justement à revaloriser la procédure administrative en permettant d'invoquer un vice de procédure avant l'édiction d'une décision administrative. Ainsi, c'est parce que ces deux référés consistent à examiner prioritairement une procédure avant l'entrée en vigueur de l'acte juridique (unilatéral ou plurilatéral), qu'il convient de rechercher de l'inspiration dans le référé précontractuel pour confectionner le référé pré-décisionnel.

Nous avons mis en avant, concernant le référé pré-décisionnel, qu'il aurait été susceptible de porter atteinte à l'efficacité administrative, et plus particulièrement au principe du privilège du préalable⁴²⁹, en raison du fait qu'il interviendrait avant la publication de la décision administrative. A la suite de cette mise en garde, nous en avons déduit qu'il aurait été nécessaire de rechercher un équilibre entre le respect de ce principe et la possibilité de contester *a priori* la légalité externe d'une décision administrative. Pour une telle entreprise, il est possible de prendre appui sur la façon dont le référé précontractuel allie privilège du préalable et saisine *a priori* (a).

Ainsi, le référé précontractuel pourrait être une bonne source d'inspiration à l'égard du référé pré-décisionnel concernant le privilège du préalable. Néanmoins, en raison du caractère restrictif du référé précontractuel (b), il n'est pas sûr qu'il soit judicieux pour le référé pré-décisionnel d'emprunter cette voie dans la mesure où il serait susceptible d'aboutir à un traitement différencié et à un éclatement de la légalité externe.

⁴²⁶ Article L. 551-1 et suiv. et article R. 551-1 et suiv. du Code de justice administrative.

⁴²⁷ AGUILA Yann, « Le traitement contentieux des vices de procédure en droit administratif français », *in Droit comparé de la procédure administrative*, Bruylant, 2016, pp. 871-880.

⁴²⁸ Article L. 551-1 dernier alinéa du CJA.

⁴²⁹ V. *supra* Chapitre 1. Section 1.- §1. A/ 2).

a- Un référé alliant privilège du préalable et saisine a priori

Le référé précontractuel permet une conciliation entre le respect du privilège du préalable et une saisine *a priori* du juge par deux techniques : d'une part, un délai précis dans lequel le juge doit statuer, et d'autre part, un effet suspensif empêchant la conclusion du contrat et donc sa mise à exécution.

Afin d'éviter que le juge puisse statuer quand il le souhaite, sous réserve de respecter un délai raisonnable, et donc afin d'éviter une atteinte à l'efficacité administrative, le code de justice administrative impose un délai précis dans lequel le juge doit statuer. L'article R. 551-5 CJA dispose, en effet, que le juge doit se prononcer « *dans un délai de vingt jours sur les demandes* »⁴³⁰ de référé précontractuel. En pratique, le délai maximum durant lequel le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peut être considéré(e) comme étant bloqué(e) pour pouvoir signer le contrat s'élève à 36 jours⁴³¹ ; exceptée l'hypothèse selon laquelle le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice décide de retarder la signature du contrat et dans ce cas un référé précontractuel est toujours susceptible d'être exercé puisqu'il le serait avant la signature du contrat. Le délai maximum comprend le délai de 20 jours ainsi qu'un délai de 16 jours. En effet, le même article R. 551-5 dispose que « *le juge ne peut statuer avant le seizième jour à compter de la date d'envoi de la décision d'attribution du contrat aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre* » ; à noter que ce délai de 16 jours peut être ramené à 11 jours en cas d'utilisation d'une procédure dématérialisée. Le délai de 16 jours s'explique en raison du délai de stand still. Ce dernier renvoie à la période pendant laquelle le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ne peut pas signer le contrat afin de permettre aux concurrents évincés d'un contrat de la commande publique de pouvoir saisir le juge d'un référé précontractuel⁴³². Ainsi, si un requérant décide de saisir le juge au 16^{ème} jour après la

⁴³⁰ Article R. 551-5 CJA.

⁴³¹ Il s'agit, ici, d'une approximation ; nous ne prenons pas en compte la différence entre délai ouvré et délai non ouvré ; ainsi que le temps de blocage en raison de la réception de la notification juridictionnelle (V. article L. 551-4 CJA).

⁴³² V. en ce sens, concernant les marchés publics, l'article R. 2182-1 du Code de la commande publique : « *Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, un délai minimal de onze jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue aux articles R. 2181-1 et R. 2181-3 et la date de signature du marché par l'acheteur. Ce délai minimal est porté à seize jours lorsque cette notification n'a pas été transmise par voie électronique* » ; concernant les concessions, l'article R. 3125-2 du Code de la commande publique : « *L'autorité concédante respecte un délai de seize jours entre la date d'envoi de la notification et la date de conclusion du contrat de concession. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique de cette notification à l'ensemble des candidats et soumissionnaires intéressés* ».

notification de la décision du pouvoir adjudicateur lui refusant son offre, le juge aura 20 jours à partir de la saisine pour statuer ; portant le délai maximum de blocage à 36 jours. A l'égard du référé pré-décisionnel, ce délai maximum pourrait même être raccourci puisque dans le cadre du référé précontractuel, le délai de 16 jours permet de prendre en compte, comme nous le verrons⁴³³, les intérêts de chaque concurrent évincé.

Si un délai maximal est fixé afin d'éviter que le juge puisse empêcher l'administration de pouvoir conclure ses contrats, une technique d'effet suspensif a été mise en place dans le but de rendre efficace et efficiente la saisine *a priori*. Non seulement, l'effet suspensif est permis par un blocage de la possibilité de signer le contrat, en l'absence de toute saisine du juge – justement pour permettre cette saisine -, pendant un délai maximum de 16 jours prévu par le code de la commande publique⁴³⁴. Mais, en plus, la saisine du juge a pour effet de suspendre la possibilité de signer le contrat jusqu'à la notification, au pouvoir adjudicateur⁴³⁵ ou à l'entité adjudicatrice⁴³⁶, de la décision juridictionnelle. D'ailleurs, l'effet suspensif est tel que, même en cas de non-respect de la notification, par l'auteur du recours, de son recours au pouvoir adjudicateur⁴³⁷ ou à l'entité adjudicatrice⁴³⁸, l'effet suspensif n'est pas atteint⁴³⁹. Ainsi, l'administration ne pourrait pas se prévaloir de la méconnaissance d'une formalité imposée par un règlement pour pouvoir conclure le contrat envisagé.

Le référé pré-décisionnel pourrait dès lors s'inspirer du référé précontractuel pour éviter toute atteinte disproportionnée au privilège du préalable et concilier de façon équilibrée ce principe avec une saisine *a priori* du juge administratif. Toutefois, l'étude des autres aspects du référé précontractuel, restrictifs, laisse à penser qu'il ne serait pas opportun pour le référé pré-décisionnel de s'en inspirer. Il n'en demeure pas moins que ces aspects restrictifs constituent néanmoins des pistes de réflexion pour la confection du référé pré-décisionnel.

⁴³³ V. *infra* b-

⁴³⁴ Art. R. 2182-1 et R. 3125-2, *op. cit.*

⁴³⁵ Article L. 551-4 CJA.

⁴³⁶ Article L. 551-9 CJA.

⁴³⁷ Article R. 551-1 CJA.

⁴³⁸ Article R. 551-2 CJA.

⁴³⁹ CE, 25 juin 2018, *Sté hospitalière d'assurances mutuelles*, n° 417734, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

b- Un référé toutefois restrictif

Bien que le référé précontractuel permette une saisine *a priori* du juge administratif pour mettre en valeur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence, il reste qu'une telle mise en valeur est à relativiser en raison, d'une part, d'une limitation des requérants pouvant exercer cette voie de recours (i), et d'autre part, d'une limitation des moyens qu'ils peuvent invoquer (ii).

i. Une restriction des requérants potentiels

Contrairement à celui entendu dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, l'exercice du référé précontractuel est subordonné à intérêt à agir restreint. Il n'est pas sûr qu'il soit souhaitable que le référé pré-décisionnel adopte cet aspect du référé précontractuel dans la mesure où il serait dirigé à l'encontre de décisions administratives, notamment, à caractère réglementaire. Cependant, dans un souci d'évitement d'un engorgement des tribunaux, il peut être intéressant de s'en inspirer.

L'article L. 551-10 du code de justice administrative oblige un requérant, qui souhaiterait saisir le juge administratif d'un référé précontractuel, à démontrer l'existence d'un « *intérêt à conclure le contrat* »⁴⁴⁰ et une possible lésion du manquement invoqué. Ainsi, en l'absence d'une telle démonstration, il ne sera pas loisible de contester le non-respect des obligations de mise en concurrence et de publicité. La seule exception concerne le représentant de l'État, c'est-à-dire le préfet, mais uniquement, dans le cas où l'État ne constitue pas le pouvoir adjudicateur.

⁴⁴⁰ Art. L. 551-10 CJA.

ii. Une restriction des moyens invocables

Si le référé précontractuel admet de façon restrictive les personnes pouvant l'exercer, les moyens susceptibles d'être invoqués sont, eux aussi, limités aboutissant à relativiser la mise en valeur de la procédure obligatoire de publicité et de mise en concurrence. L'aspect restreint des requérants potentiels peut être intéressant pour le référé pré-décisionnel pour éviter un engorgement des tribunaux. A l'inverse, l'aspect restreint des moyens invocables serait probablement néfaste pour la revalorisation de la légalité externe. En effet, seuls les moyens se rapportant aux violations des obligations de publicité et de mise en concurrence peuvent être soulevés dans le cadre du référé précontractuel. Il n'est pas possible, au contraire, d'invoquer des moyens tirés de la compétence de l'auteur ou du vice de forme. Dès lors, si le référé pré-décisionnel reprenait cet aspect à son compte, cela aboutirait à un éclatement du contrôle de la légalité externe.

De plus, les moyens tirés d'une méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence, que le requérant, admis à exercer le recours, est susceptible de soulever, doivent être susceptibles de l'avoir lésé ou d'avoir risqué de le léser, selon la jurisprudence *SMIRGEOMES*⁴⁴¹.

§2. De l'admission d'une contestation des actes préparatoires

L'autre proposition mise en avant par Yann Aguila⁴⁴² consiste en la possibilité de contester directement les actes préparatoires devant le juge administratif avant l'édition de l'acte administratif final. Bien que des réticences à une telle admission soient difficilement surmontables (A), il reste qu'elle aurait l'avantage de préserver la légalité externe (B).

⁴⁴¹ CE, sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n° 305420, publié au recueil Lebon.

⁴⁴² AGUILA Yann, « Le traitement contentieux des vices de procédure en droit administratif français », in *Droit comparé de la procédure administrative*, Bruylant, 2016, pp. 871-880.

A/ Les réticences difficilement surmontables à une telle admission

L'admission d'une contestation des actes préparatoires nécessiterait, d'une part, un revirement jurisprudentiel (1), et d'autre part, d'anticiper d'éventuelles difficultés qui pourraient survenir (2).

1) Le nécessaire revirement jurisprudentiel pour contester les actes préparatoires

Par principe, un acte préparatoire que constituent les avis, consultations, recommandations et propositions émises antérieurement à l'édiction d'un acte administratif⁴⁴³, c'est-à-dire au cours de la procédure administrative, n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours direct en excès de pouvoir pour pouvoir être annulé⁴⁴⁴. Une telle impossibilité serait l'une des conséquences de l'approche formelle de la compétence. Toutefois, elle ne serait pas irrémédiable. Dès lors, on pourrait admettre une contestation directe des actes préparatoires.

Un acte préparatoire, issu de la procédure administrative, peut être défini, à l'instar de Benoit Plessix, comme renvoyant à « *toutes les mesures, prévues et imposées par le droit en vigueur, qui dans le cadre d'une opération administrative d'ensemble, œuvrent à l'édiction de l'acte qui en est l'aboutissement, toutes les mesures qui convergent, concourent à l'élaboration d'un acte final de l'administration, celui qui, précisément, met fin au processus décisionnel* »⁴⁴⁵. Un acte préparatoire peut être considéré comme l'expression de l'extériorisation du processus décisionnel. Mieux, il peut, dans une certaine mesure, être assimilé à la condition permettant d'édicter l'acte final. A cet égard, Laurence Desfonds affirme que « *la mesure préparatoire, manifestation d'une compétence dévolue à une autorité administrative pour créer les conditions favorables à l'édiction de l'acte ultérieur, exprime un pouvoir d'habilitation, à l'égard du destinataire, à l'exercice d'une compétence matérialisée par la décision préparée*

⁴⁴³ FRIER Pierre-Laurent, PETIT Jacques, *Droit administratif*, 13^e éd., LGDJ, 2019, p. 361.

⁴⁴⁴ V. par exemple CE, 6 décembre 1991, *M. Joël C et Syndicat national des personnels de l'éducation surveillée*, n° 94201 & 99223, publié au recueil Lebon ; CE, 23 février 2000, *Syndicat national CGT du Ministère des affaires étrangères*, n° 205261, mentionné aux tables du recueil Lebon ; CE, 12 mai 2010, *Comité central d'entreprise de l'UNEDIC*, n° 323325, mentionné aux tables du recueil Lebon.

⁴⁴⁵ PLESSIX Benoit, *Droit administratif général*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 970.

(...) *L'auteur de la mesure édicte une norme permissive à l'égard de la compétence décisionnelle ultérieure* »⁴⁴⁶. Toutefois, contrairement aux avis conformes⁴⁴⁷, il ne constitue pas la décision finale.

D'après André Calogeropoulos, l'une des conséquences de l'approche formelle de la compétence au niveau contentieux serait l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les actes des organes participant à la procédure d'élaboration de l'acte⁴⁴⁸. Selon cet auteur, l'approche formelle de la compétence se décompose selon qu'elle soit appréhendée au niveau de fait ou au niveau de droit⁴⁴⁹. Au niveau de fait, l'approche formelle « *se révèle par la référence au seul auteur effectif de l'acte contrôlé* »⁴⁵⁰. A cet effet, le juge considère uniquement le signataire de l'acte comme en étant l'auteur. A partir de cette signature, il pourra en déduire une compétence ou une incompétence de l'auteur de l'acte administratif. Au niveau du droit, l'approche formelle est induite par l'attachement du juge « *à une qualification stricte de la nature de la participation des organes administratifs à l'émission de l'acte. Il ne considère, en effet, comme auteur légal de l'acte administratif que la seule autorité expressément chargée de son adoption en appliquant de façon stricte une interprétation à la fois étroite et grammaticale des textes* »⁴⁵¹. Ces niveaux de l'approche formelle sont complémentaires et non pas isolés : au niveau de fait, le juge s'attache à la signature de l'acte pour en déduire si, au niveau du droit, le signataire est ou non compétent. Partant, la détermination d'un acte comme faisant ou grief s'effectue en considération de la signature de cet acte, et plus particulièrement de l'acte final.

Néanmoins, l'approche formelle n'est pas un obstacle à la reconnaissance d'une qualification comme acte faisant grief des actes préparatoires. Tout d'abord, le juge a déjà reconnu qu'un acte préparatoire puisse faire grief et donc faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir : c'est le cas notamment des actes empêchant l'édiction de l'acte final ou encore des actes préparatoires qui par leurs effets pourraient avoir de graves conséquences⁴⁵². Ensuite, le juge

⁴⁴⁶ DESFONDS Laurence, « La notion de mesure préparatoire en droit administratif français », AJDA, 2003, p. 12.

⁴⁴⁷ Encore que l'auteur final ne soit pas obligé de prendre l'acte final ; mais s'il souhaite prendre l'acte, il sera obligé de se conformer à l'avis.

⁴⁴⁸ CALOGEROPOULOS André, *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, thèse de doctorat, droit public, Université Paris II, publiée chez LGDJ, 1983, pp. 184 et suiv.

⁴⁴⁹ CALOGEROPOULOS André, *op. cit.*, pp. 179 et suiv.

⁴⁵⁰ *Ibid.*

⁴⁵¹ *Ibid.*

⁴⁵² V. en ce sens pour des exemples SEILLER Bertrand, « Acte administratif et norme ... Art. 1^{er} – Acte administratif unilatéral décisoire », Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, 2015, actualité en 2020.

admet la possibilité de contester directement, via un recours pour excès de pouvoir, les actes intermédiaires d'une opération complexe. Les actes intermédiaires, très proches des actes préparatoires, sont pourtant différents en ce que les premiers sont susceptibles de recours, tandis que les seconds ne le sont pas. C'est, d'ailleurs, dans cette mesure que les actes préparatoires sont exclus de la notion d'opération complexe, comme le rappelle Louis Feilhès⁴⁵³. Or, une telle exclusion est difficilement admissible et suscite l'étonnement car « *l'acte préparatoire apparaît comme l'archétype même de l'acte intermédiaire, dont la fonction est d'aboutir à la décision finale* »⁴⁵⁴ ; d'autant qu'une opération complexe renvoie à « *une pluralité d'actes liés entre eux dans une finalité commune, à savoir aboutir sur une décision finale* »⁴⁵⁵. A cet égard, M. Feilhès s'interroge : « *pourquoi admettre que l'acte intermédiaire puisse faire grief alors même que sa seule fonction est de permettre l'adoption de la décision finale, comme l'acte préparatoire ?* »⁴⁵⁶. La seule explication valable serait l'influence exercée par l'acte préparatoire ou l'acte intermédiaire sur la décision finale. En cas d'influence minime, il s'agit d'un acte préparatoire. En cas d'influence majeure, normative, l'acte fait grief, il s'agit donc d'un acte intermédiaire. Quoi qu'il en soit, il existe des actes antérieurs à l'acte final qui puissent être contestés directement. Au surplus, cela n'empêche pas certains auteurs de considérer que l'acte préparatoire puisse réellement avoir un caractère décisif⁴⁵⁷. Par conséquent, l'admission d'une contestation directe des actes préparatoires semble possible.

2) Des difficultés à prévenir

Si un revirement de jurisprudence constitue une première étape à l'admission d'une contestation directe des actes préparatoires, il reste qu'il ne s'agit pas du seul obstacle. D'autres difficultés sont à prévoir pour emprunter une telle voie de façon réaliste. La première tient à un risque d'engorgement des tribunaux, alors que la deuxième tient à une difficulté liée à un risque d'impossibilité à contester l'omission, par l'auteur de l'acte final, de consultation d'une procédure.

⁴⁵³ FEILHES Louis, « Le concept d'opération complexe », RFDA, 2020, p. 39.

⁴⁵⁴ *Ibid.*

⁴⁵⁵ *Ibid.*

⁴⁵⁶ *Ibid.*

⁴⁵⁷ V. par exemple PLESSIX Benoit, *op. cit.*, p. 971.

La première difficulté à prévenir renvoie à un risque d'engorgement des tribunaux. Par la contestation d'un acte préparatoire, le contenu même de l'acte final, soit la légalité interne, ne peut être invoqué. Une telle affirmation procède du fait que l'avis, c'est-à-dire l'acte préparatoire, ne fait que suggérer un contenu à l'autorité compétente qui dispose de la décision finale et de son contenu⁴⁵⁸. Dès lors, le contenu pourra faire l'objet d'une contestation dans le cadre de la contestation de la décision finale. Or, si un requérant a également décidé de contester la procédure administrative dont est issu l'acte final, cela engendrera deux recours contentieux. Si l'on prend l'hypothèse la plus excessive et exagérée, il serait alors imaginable que le nombre de recours portés actuellement devant les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et le Conseil d'État soient doublés ; ce qui, en l'état serait impossible à concevoir. Ainsi, ce risque d'engorgement des tribunaux pourrait être le principal obstacle au refus d'emprunter la voie d'une contestation des actes préparatoires.

La deuxième difficulté à prévenir renvoie à l'impossibilité de contester un acte préparatoire en cas d'omission par l'administration de consultation d'une procédure puisque, par définition, cet acte préparatoire n'existe pas. Dans ce cas, la solution pourra être de donner la possibilité de contestée une telle irrégularité procédurale au stade de la contestation de la décision finale. Toutefois, il est apparaît comme étant difficilement satisfaisant de pouvoir contester une simple irrégularité de procédure dans le cadre d'une contestation d'un acte préparatoire et pas une omission de procédure, considérée comme une irrégularité plus grave encore. Dès lors, par une telle difficulté structurelle, la contestation des actes préparatoires n'est pas très séduisante.

Malgré ces difficultés pour parvenir, de façon réaliste, à l'admission d'une contestation des actes préparatoires, l'emprunt de cette voie pour revaloriser la légalité externe permettra de la préserver.

B/ La légalité externe préservée

La préservation de la légalité externe via la contestation des actes préparatoires procède, d'une part, de la revalorisation du vice de procédure, et même de la procédure administrative,

⁴⁵⁸ Sauf concernant les avis conformes.

et d'autre part, de la possibilité de contrôler le vice d'incompétence au stade du contrôle d'un acte préparatoire.

Exceptée l'hypothèse précédemment abordée à propos de l'omission d'une procédure, la contestation des actes préparatoires permettrait de revaloriser le vice de procédure et même la procédure administrative. En effet, nous l'avons d'ailleurs mis en avant lorsqu'il était question d'évoquer le référé pré-décisionnel⁴⁵⁹, le fait que la contestation d'une irrégularité de procédure intervienne le plus tôt possible évite de négliger ce moyen d'illégalité. Le juge considère, à cet égard, qu'une annulation tardive pour un vice de procédure aurait des conséquences manifestement excessives.

En outre, la contestation des actes préparatoires pourrait ne pas aboutir à un éclatement de la légalité externe. Effectivement, il serait aisé de contrôler le vice d'incompétence lors de la contestation d'un acte préparatoire. Dans la plupart des cas, la règle de forme ou de procédure est déterminée par la règle de compétence⁴⁶⁰. Cela signifie que l'autorité compétente qui souhaiterait édicter un acte administratif devrait saisir tel ou tel autre organisme. Par l'acte permettant de le saisir, le juge pourrait alors déterminer si l'auteur de cette saisine était ou non compétent. Dans le cas inverse où la règle de forme ou de procédure détermine la règle de compétence⁴⁶¹, le juge administratif pourrait, également, contrôler le vice d'incompétence au stade de la contestation d'un acte préparatoire en relevant d'office que telle autorité est en droit d'édicter l'acte finale et non pas une autre.

Ainsi, il serait possible de revaloriser la légalité externe par deux propositions qui ont été avancées par Yann Aguila : la première tient à l'instauration d'un référé pré-décisionnel et la deuxième tient à l'admission de la contestation des actes préparatoires. Néanmoins, pour donner plus de cohérence au recours pour excès de pouvoir, nous pouvons également imaginer une restructuration de ce dernier, voire une restructuration du contentieux administratif dans sa globalité.

⁴⁵⁹ V. *supra* §1 A/ 1)

⁴⁶⁰ V. CALOGEROPOULOS André, *op. cit.*, pp. 41 et suiv.

⁴⁶¹ V. CALOGEROPOULOS André, *op. cit.*, pp. 64 et suiv.

Section 2.- Une revalorisation par un éclatement de la légalité externe

Proposer une revalorisation par un éclatement de la légalité externe peut paraître surprenant, voire peut même prêter à rire, tant nous nous sommes efforcés tout au long de l'étude à démontrer que le déclin de la légalité externe était, notamment, dû à un éclatement en son sein.

Dans la section précédente, il a été question de repenser le moment de l'annulation afin de revaloriser la légalité externe par une préservation de celle-ci. Mais, à l'inverse, outre la mise en œuvre d'une telle solution, il semble impossible de sortir par le haut de cette altération de la légalité externe. Toutefois, une telle impossibilité l'est seulement si on s'obstine à préserver la légalité externe telle qu'on la connaît. Ne peut-on pas, au contraire, revaloriser les moyens de légalité externe par leur propre reclassification ? Ne peut-on pas trouver une meilleure reclassification se rapprochant davantage de la réalité de leur traitement actuel par le juge ?

Il est clair, aujourd'hui, qu'un vice de procédure, regroupé avec un vice d'incompétence au sein d'une même catégorie, ne permet pas de lui accorder une grande valeur, à tout le moins une attention particulière. Détacher le vice de procédure du vice d'incompétence n'aurait-il pas pour impact de le voir autrement, à sa juste valeur, et non pas uniquement comme une irrégularité moins grave que celle tirée de l'incompétence ? Ne serait-ce pas, d'ailleurs, cela l'une des raisons du délaissement de l'irrégularité de procédure et de forme, c'est-à-dire son regroupement avec à une illégalité bien plus grave qu'elle en deviendrait invisible ?

Au lecteur qui s'étonnerait de la consécration de toute une partie de l'étude à la reclassification des moyens de légalité externe, nous lui répondons que « *le droit est science de classement. Il lui faut des catégories, donc des définitions et des critères pour soumettre le réel à des règles* »⁴⁶² et que, à ce titre, classer, « *c'est en effet saisir le genre et la différence, c'est-à-dire remplacer un objet dans un contexte général, en indiquant ce qui lui est commun avec d'autres objets, et marquer de plus la note distinctive, spécifique, qui permet de le reconnaître au milieu*

⁴⁶² TRUCHET Didier, « La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire ? », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2002, p. 441 et suiv.

de ces objets »⁴⁶³. Dès lors, s'attarder à une telle entreprise ne peut être déconnectée de notre domaine. Elle ne peut, également, être tenue pour vaine car elle aura pour but de regrouper les cas d'ouverture d'excès de pouvoir « *suivant des relations très spéciales* »⁴⁶⁴ et ainsi d'interroger, de façon incidente, la pertinence des classifications traditionnelles et des regroupements auxquels elles procèdent.

Au surplus, il ne s'agira pas, ici, de trouver une recette miracle à une revalorisation par une reclassification ; mais d'envisager diverses hypothèses réalisables, ou à tout le moins, proposées par la doctrine. Avec pour souci d'être le plus complet possible face aux évolutions du contentieux administratif qui, d'une part, contribuent à envisager une telle reclassification des moyens de légalité externe, et qui, d'autre part, puissent être potentiellement considérées comme à l'origine du déclin de la légalité externe, nous nous emploierons à mettre en exergue deux hypothèses pour revaloriser le contenu de la légalité externe par son propre éclatement : leur reclassification par une restructuration du recours pour excès de pouvoir (§1) et leur reclassification par une restructuration plus globale des différents recours du contentieux administratif (§2).

§1. La reclassification des moyens à travers une restructuration du REP

La structuration du recours pour excès de pouvoir repose sur la distinction entre la légalité externe et la légalité interne. Si elles renvoient aux aspects formels et matériels⁴⁶⁵ d'un acte administratif, ou encore à la façon dont on a décidé et ce qui a été décidé⁴⁶⁶, il reste que ces définitions ne sont pas très satisfaisantes et difficilement saisissables. A ce titre, le philosophe Gaston Bachelard rappelle que « *moins une idée est précise et plus on trouve de mots pour l'exprimer* »⁴⁶⁷. Or, « *définir revient aussi à classer* »⁴⁶⁸. Dès lors, si les définitions

⁴⁶³ LE BLOND Jean-Marie, *Logique et méthode chez Aristote : étude sur la recherche des principes dans la physique aristotélicienne*, Vrin, 1996, p. 296.

⁴⁶⁴ DURKHEIM Émile, MAUSS Marcel, « De quelques formes primitives de la classification : contribution à l'étude des représentations collectives », in MAUSS Marcel (dir.), *Essais de sociologie*, Seuil, 1971, p. 162 et suiv.

⁴⁶⁵ DELVOLVE Pierre, VEDEL Georges, *Droit administratif*, t. 2, 12^e éd., PUF, 1992, p. 301.

⁴⁶⁶ CHAPUS René, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Montchrestien, 2001, p. 1023.

⁴⁶⁷ BACHELARD Gaston, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, p. 112.

⁴⁶⁸ LE BLOND Jean-Marie, *op. cit.*

de la légalité externe et de la légalité interne sont imprécises, la classification, à laquelle ils procèdent, ne peut que l'être tout autant.

A cette assertion, le lecteur pourrait aisément rétorquer que la légalité externe et la légalité interne se définissent autrement. A cet égard, il aurait totalement raison puisque, par exemple, la légalité externe peut également être entendue comme étant composée des moyens d'incompétence, des vices de forme et de procédures. Néanmoins, Gérard Cornu fustige une définition par une énumération en affirmant que « *la définition se distingue radicalement de l'énumération. Elle ne procède pas par accumulation d'exemples, mais accède à l'élaboration d'une notion générale* »⁴⁶⁹. Dès lors, on ne peut admettre que la légalité externe puisse se définir de telle manière.

Finalement, cette carence de définitions amène elle aussi à envisager une reclassification des moyens de légalité externe par une restructuration du recours pour excès de pouvoir. Pour parvenir à cette tâche, il conviendra d'adopter ou la méthode statique (A) ou la méthode dynamique (B).

A/ La méthode statique : le dédoublement

La méthode statique de la reclassification des moyens de légalité externe procéderait du dédoublement du recours pour excès de pouvoir proposé par le Professeur Fabrice Melleray dans sa thèse intitulée *Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*⁴⁷⁰ (1). Nous nous basons sur celle-ci pour notre analyse.

L'emploi du terme « statique » signifie simplement que la légalité externe continuerait de garder sa structure telle qu'on la connaît. Elle serait néanmoins elle-même dédoublée au regard de leur appréhension par le juge en conséquence du dédoublement du recours pour excès de

⁴⁶⁹ CORNU Gérard, « Les définitions dans la loi », in GEMAR Jean-Claire (dir.), *Langage du droit et traduction : essais de jurilinguistique*, Broché, 1982, p. 17 et suiv.

⁴⁷⁰ MELLERAY Fabrice, *Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, (du) BOIS de GAUDUSSON Jean (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université Bordeaux 4, 2000, publiée chez LGDJ, 466p.

pouvoir. Partant, un tel dédoublement n'engendrerait aucune reclassification à l'égard des moyens de légalité externe entendu *stricto sensu*. A l'inverse, garder à l'esprit que ces moyens ne s'appréhenderaient plus en tant que moyens du recours unique de l'excès de pouvoir permet de considérer que le dédoublement génèrerait leur reclassification en ce que leurs propriétés seraient modifiées en fonction du recours dédoublé dans lequel ils s'épanouiront.

Cette hypothèse de restructuration du traditionnel recours pour excès de pouvoir imaginé au début des années 2000 est ici reprise, notamment, pour deux raisons. La première tient à la grande pertinence de l'analyse et de la proposition de son auteur. La deuxième tient au fait qu'au regard de l'évolution de la jurisprudence, elle apparaît aujourd'hui davantage pertinente qu'elle ne l'était au moment où elle a été suggérée par Fabrice Melleray. Si toutefois sa proposition ne demeure même pas au rang d'ébauche d'un potentiel projet officiel, voire ne le sera probablement jamais⁴⁷¹, il reste qu'il est judicieux et opportun de s'en saisir pour les deux justifications apportées. Elle aura l'avantage, pour notre étude, d'évaluer l'impact qu'elle pourrait prétendre avoir sur la légalité externe (2).

1) L'explication du dédoublement (F. Melleray)

Le dédoublement du recours pour excès de pouvoir proposé par le Professeur Fabrice Melleray se fonde sur la distinction entre normes personnelles et normes impersonnelles (a) sur laquelle se grefferaient deux actions : l'action individualiste contre les normes personnelles et l'action holiste contre les normes impersonnelles (b).

a- Le fondement du dédoublement : la distinction entre normes impersonnelles et personnelles

Pour rendre opérant son dédoublement du recours pour excès de pouvoir, le Professeur Fabrice Melleray se fonde sur la dichotomie entre normes personnelles et normes

⁴⁷¹ Elle fait d'ailleurs l'objet d'une critique de la part de Bertrand Seiller et de Mattias Guyomar en ce qu' « elle conduit à un éclatement regrettable du recours pour excès de pouvoir » : SEILLER Bertrand, GUYOMAR Mattias, *Contentieux administratif*, 5^e éd., Dalloz, 2019, p. 125.

impersonnelles d'après celle développée par le Professeur Charles Eisenmann. Surtout, son inspiration quant à tel dédoublement basé sur la nature de la norme n'est pas totalement déconnectée des écrits de la doctrine.

Fabrice Melleray donne écho à sa proposition en exhumant, notamment, les écrits de Léon Blum ou encore ceux de Raphaël Alibert. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Boussuge*⁴⁷² à propos de l'admission de la tierce opposition dans le recours pour excès de pouvoir, Léon Blum opère une différenciation entre le recours pour excès de pouvoir contre les actes réglementaires et le celui contre les actes individuels. Le commissaire du gouvernement de l'époque affirme que « *parmi les recours pour excès de pouvoir, il faut (...) distinguer deux catégories : les uns, ceux qui sont dirigés contre des actes nominatifs, ne sont que des actions privées de droit public ; les autres, ceux qui sont dirigés contre des actes réglementaires, sont vraiment, dans la réalité des choses, des actions publiques* »⁴⁷³. De même, la proposition du Professeur Melleray s'aligne sur l'analyse de Raphaël Alibert soulignant qu'il existerait « *deux aspects du recours pour excès de pouvoir (...) : l'un, purement objectif, qui caractérise les recours dirigés contre les actes réglementaires ou formés, contre ceux d'un ministre ou d'un préfet, dans l'intérêt public ; l'autre, quasi-subjectif, qui est celui des recours présentés contre des actes individuels, en vue de satisfaire des intérêts purement personnels* »⁴⁷⁴.

Pour autant, l'illustre Professeur ne reprend pas la distinction opérée par Léon Blum ou Raphaël Alibert consistant à différencier les actes réglementaires des actes individuels. Au contraire, il s'appuie sur les écrits de Charles Eisenmann et en particulier sur son cours de doctorat intitulé *Les actes juridiques du droit administratif*. Dans ce dernier, Charles Eisenmann considère les normes impersonnelles comme les normes portant sur « *la condition juridique de groupe de sujets, de catégories de personnes* »⁴⁷⁵ et les normes personnelles comme celles portant sur « *la condition juridique de sujets individualisés, de personnes nommées, nommément désignées* »⁴⁷⁶. Le fondement du dédoublement du recours pour excès de pouvoir s'établirait dès lors selon la distinction entre normes personnelles et normes impersonnelles.

⁴⁷² Concl. de BLUM Léon sur CE, 29 novembre 1912, *Boussuge*, publié au recueil Lebon, cité par MELLERAY Fabrice, *op. cit.*, p. 400 et suiv.

⁴⁷³ *Ibid.*

⁴⁷⁴ ALIBERT Raphaël, Note sous CE, 10 mars 1933, *Ministre des Finances* et CE, 2 novembre 1934, *Ministre de l'intérieur*, S., 1935, III, pp. 105-106, cité par MELLERAY Fabrice, *op. cit.*, p. 401.

⁴⁷⁵ EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, t. 2, LGDJ, 1983-1984, pp. 408-409, cité par MELLERAY Fabrice, *op. cit.*, p. 402.

⁴⁷⁶ *Ibid.*

b- La mise en œuvre du dédoublement : la distinction entre l'action holiste et l'action individualiste

Le dédoublement du recours pour excès de pouvoir serait mis en œuvre, selon Fabrice Melleray, entre une action holiste et une action individualiste. De façon grossière - et peut-être dénaturée – l'action holiste chercherait « à valoriser prioritairement la totalité sociale »⁴⁷⁷, tandis que l'action individualiste tendrait « à valoriser prioritairement le requérant potentiel »⁴⁷⁸.

La qualification par Fabrice Melleray de ces deux actions « holiste » et « individualiste » est basée sur les écrits de l'anthropologue Louis Dumont. Dans un souci d'évitement de confusion, il préfère ces termes empruntés à ce dernier à ceux d'intérêt public/ intérêt privé ou encore universel/ particulier⁴⁷⁹. Surtout, les termes « holiste » et « individualiste » reposent sur le constat de nos sociétés qui conjuguent des valeurs holistes et des valeurs individualistes. F. Melleray nous explique que cette association est d'ailleurs indispensable. En effet, une société fondée uniquement sur des valeurs holistes serait une société ne prônant qu'une opinion dominante à l'instar du régime nazi par exemple. A l'inverse, une société basée exclusivement sur des valeurs individualistes aboutirait à l'anarchie.

L'observation des valeurs sur lesquelles nos sociétés sont bâties amène l'illustre Professeur à faire un parallèle avec les normes instituant les différentes actions en justice. D'après son analyse, il existe des actions en justice valorisant la société dans son entièreté et des actions en justice valorisant les individus ; les unes au détriment des autres. Ainsi, les actions holistes auraient pour finalité « de promouvoir des intérêts qui (...) dépassent »⁴⁸⁰ ceux du requérant, c'est-à-dire ceux de la totalité sociale ; tandis que les actions individualistes auraient pour finalité de « satisfaire ses intérêts propres »⁴⁸¹. Anticipant d'éventuelles critiques, l'auteur met en avant, d'une part, l'absence de contradiction dans la dichotomie entre action holiste et action individualiste au sens où un requérant ne rechercherait pas à la fois la défense de ses intérêts

⁴⁷⁷ MELLERAY Fabrice, *op. cit.*, p. 272

⁴⁷⁸ *Ibid.*

⁴⁷⁹ V. en ce sens MELLERAY Fabrice, *op. cit.*, pp. 272-273.

⁴⁸⁰ MELLERAY Fabrice, *op. cit.*, p. 280

⁴⁸¹ *Ibid.*

propres et des intérêts de la société tout entière ; et d'autre part, l'exhaustivité de cette dichotomie puisque toute action en justice est soit holiste soit individualiste et qu'il n'existe pas d'action en justice dépourvue de fins holiste ou individualiste.

Partant, le dédoublement du recours pour excès de pouvoir en une action holiste et en une action individualiste serait devenu nécessaire, d'autant plus au regard de son évolution. En premier lieu, si le recours pour excès de pouvoir est apparu dans la confusion entre ces deux approches (holiste et individualiste), il a néanmoins adopté une approche majoritairement holiste au fur et à mesure du temps. Ce recours était – est – alors considéré comme « *une précieuse garantie pour les droits des citoyens et une véritable sauvegarde des intérêts essentiels du gouvernement* »⁴⁸². Toutefois, F. Melleray démontre qu'une telle confusion n'était pas possible en pratique malgré l'esprit à l'égard du recours pour excès de pouvoir que l'on pouvait en avoir. Le juge choisissait toujours une approche plutôt qu'une autre pour éviter d'apporter des réponses différentes lorsque les deux approches confluaient. En second lieu, le recours pour excès de pouvoir est « *inadapté à la promotion des intérêts individuels de nombreux requérants* »⁴⁸³ notamment du fait de son appréhension selon un registre holiste et de sa caractéristique principale tenant uniquement à la possibilité d'annuler ou non un acte administratif pour rétablir la légalité. L'intérêt individuel du requérant ne se limite, en effet, bien souvent pas à la seule annulation d'une décision, mais, au contraire, tend à demander davantage au juge. Le pouvoir d'injonction en est à ce titre une illustration parfaite, valorisant cependant l'approche individualiste. Ainsi, face à la démonstration du modèle dépassé du recours pour excès de pouvoir, Fabrice Melleray propose de le dédoubler en une action holiste et en une action individualiste ce qui permettrait de protéger réellement les administrés.

2) Les effets incertains sur la légalité externe

En gardant la structure actuelle des moyens de légalité externe, tout en dédoublant le recours pour excès de pouvoir, il est clair que ceux-ci ne seraient pas appréhendés de la même manière selon une action holiste (a) ou une action individualiste (b).

⁴⁸² Concl. d'AUCOC Léon sur CE, 13 mars 1867, *Bizet*, Rec., p. 272, cité par MELLERAY Fabrice, *op. cit.*, p. 368.

⁴⁸³ MELLERAY Fabrice, *op. cit.*, p. 379.

a- La légalité externe négligée dans l'action holiste ?

A priori, on pourrait imaginer que la légalité externe soit revalorisée au sein de l'action holiste. En effet, n'est-il pas dans l'intérêt de la totalité sociale que de faire respecter par l'administration le principe de légalité ? Cependant, il n'en serait rien à en croire les développements de Fabrice Melleray. Bien qu'il soit silencieux en la matière pour la simple raison que sa proposition, consistant à dédoubler le recours pour excès de pouvoir, ne constitue qu'une piste de réflexion, l'analyse de ses écrits laisse à croire que l'action holiste serait un subterfuge pour le développement du principe de sécurité juridique.

A l'instar du recours pour excès de pouvoir, l'intérêt à agir de l'action holiste pourrait être entendue largement afin que le plus grand nombre puisse contester une norme impersonnelle pour s'assurer, à tout le moins, qu'elle respecte le principe de légalité. Cependant dans l'intérêt de la totalité sociale, l'efficacité administrative serait privilégiée au détriment de la situation personnelle du requérant⁴⁸⁴. De même et toujours dans l'intérêt de la totalité sociale, la situation des autres devrait être prise en compte. Dès lors, la prise en considération de ces deux données amènerait le juge, non pas à apprécier la légalité de manière stricte, mais au contraire de manière réaliste. Or, une telle appréhension de la légalité par le juge ne se différencierait pas de ce qu'il fait déjà aujourd'hui, comme nous l'avons vu⁴⁸⁵, à l'égard de la légalité externe et plus particulièrement des vices de forme et de procédure. Ainsi, ces derniers seraient potentiellement toujours appréciés de la même façon aboutissant à négliger la légalité externe dans l'action holiste.

b- La légalité externe valorisée dans l'action individualiste ?

Si, à travers l'action holiste, le principe de légalité et par conséquent la légalité externe seraient appréhendés de façon réaliste aboutissant à neutraliser les irrégularités externes - en

⁴⁸⁴ MELLERAY Fabrice, *op. cit.*, p. 385.

⁴⁸⁵ V. *supra* Chapitre 1. Section 2.-

particulier les moyens tirés du vice de forme et de procédure – et à éviter leur annulation, il pourrait en aller autrement dans l'action individualiste.

A l'inverse de l'action holiste, il serait envisageable de considérer dans l'action individualiste que l'efficacité de l'action administrative soit détrônée au profit de la situation personnelle du requérant. Néanmoins, cet avantage s'établirait au détriment d'un large intérêt à agir. En effet, l'action individualiste servant uniquement à un requérant potentiel pour faire valoir ses intérêts, seuls ceux ayant été lésés dans leurs « *intérêts de façon suffisamment directe et certaine* »⁴⁸⁶, à l'instar du contentieux des contrats, pourraient saisir le juge administratif d'une demande d'annulation d'une norme personnelle. A ce propos, dans une chronique⁴⁸⁷, MM. Thierry-Xavier Girardot et Fabien Raynaud avaient notamment prôné le rattachement des actes créateurs de droits au recours de plein contentieux plutôt qu'au recours pour excès de pouvoir afin de faire dépendre l'intérêt à agir à un intérêt suffisant et éviter un intérêt à agir trop large. Ils affirmaient qu'il était néfaste pour la situation juridique de l'administré qu'un tiers non directement et suffisamment atteint dans ses intérêts par un acte administratif créateur de droits puisse faire annuler cet acte sur un moyen de légalité externe alors même que les moyens de légalité interne étaient satisfaits. A l'égard du destinataire direct de la norme personnelle, on pourrait aisément concevoir une présomption d'un intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine lorsque la norme lui est défavorable. Concrètement, dans une telle action, il ne serait dès lors pas inconcevable d'imaginer une appréciation stricte de la légalité, plutôt que réaliste, pouvant être plus favorable aux requérants. Même s'il est souvent mis en avant qu'une annulation pour vice de procédure soit platonique car l'administration pourra reprendre l'acte en cause en respectant la deuxième fois la procédure, il reste que cela n'est pas toujours vrai⁴⁸⁸. Cela va d'autant plus dans ce sens que s'agissant des normes personnelles qui concernent directement le requérant, si celles-ci lui sont défavorables, il est fort probable dans tous les cas

⁴⁸⁶ CE, 4 avril 2014, ass., *Département du Tarn-et-Garonne*, n° 358994, publié au recueil Lebon ; V. également pour une autre source d'inspiration pour l'appréhension de l'intérêt à agir de façon stricte : l'article 263 alinéa 4 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne stipule que « *toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution* ».

⁴⁸⁷ GIRARDOT Thierry Xavier, RAYNAUD Fabien, « Régime du retrait des actes administratifs individuels créateurs de droit », AJDA, 1997, p. 936 ; V. également GIRARDOT Thierry-Xavier, RAYNAUD Fabien, « Conséquences d'une décision d'annulation sur les actes créateurs de droit proches de la décision annulée », AJDA, 1997, p. 952.

⁴⁸⁸ V. en ce sens SAGNIER Pierre-Yves, « Le requérant, le juge et la hiérarchie des demandes », RFDA, 2019, p. 293 : « *L'affirmation fréquente, qu'à la suite d'une annulation pour vice de procédure, l'administration peut « reprendre la même décision », est une facilité de langage* ».

qu'un vice de procédure lui ait soit privé de garanties ou ait influencé le contenu de la décision. Il serait alors aisé de revenir dans le cadre de l'action individualiste à une approche *in abstracto* du vice de procédure, entraînant une revalorisation de la légalité externe.

Néanmoins, il n'est pas certain que le juge conçoive la légalité externe de cette manière dans le cadre de l'action individualiste s'il adoptait la classification du Professeur Melleray. Effectivement, si l'on prend l'exemple du contentieux des contrats administratifs au sein duquel l'intérêt à agir est restreint au même titre qu'il pourrait l'être dans le cadre d'une action individualiste, le juge administratif ne réserve l'annulation d'un contrat, c'est-à-dire sa disparition rétroactive, qu'aux seuls vices d'une certaine gravité⁴⁸⁹. Or, comme il l'a été mis en évidence à travers le chapitre premier de la présente étude, le juge admet difficilement le moyen tiré du vice de forme ou de procédure comme étant un vice grave ; et même s'il le retient comme étant grave, il n'est pas automatiquement susceptible d'entraîner l'annulation d'une décision administrative puisque pouvant faire l'objet d'une régularisation. Par conséquent, il est difficile de savoir comment la légalité externe pourrait être appréhendée dans l'action individualiste, même si *a priori* sa valorisation semble aller de soi.

B/ La méthode dynamique : la déclassification

La méthode dynamique, dénommée déclassification, consistant à restructurer le recours pour excès de pouvoir, ne doit pas interpeler par le flou qu'elle puisse susciter. Une telle dénomination fait seulement référence à l'étape précédant la reclassification. Il faut, en effet, déclassifier les moyens de légalité de leur rattachement actuel, avant de pouvoir les reclassifier. C'est-à-dire les reconsidérer indépendamment de leur regroupement pour mieux les reclassifier.

Au sein de la doctrine, on retrouve deux propositions de reclassifications séduisantes : d'une part, celle fondée sur la distinction entre les moyens d'ordre public et les moyens ordinaires (1), et d'autre part, celle fondée sur la distinction entre la légalité objective et la légalité subjective (2).

⁴⁸⁹ CE, ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802, publié au recueil Lebon.

1) Une déclassification pour une reclassification fondée sur la distinction entre les moyens d'ordre public et les moyens ordinaires

Proposition ancienne qui a été rejetée (a), la distinction entre les moyens d'ordre public et les moyens ordinaires apparaît pourtant, aujourd'hui, séduisante en raison de la différence qu'elle induit entre les irrégularités graves et celles qui ne le sont pas (b).

a- Une proposition ancienne rejetée

Proposé d'abord, à notre connaissance, par André de Laubadère dans son *Traité élémentaire de droit administratif*⁴⁹⁰, la reclassification fondée sur la distinction entre les moyens d'ordre public et les moyens ordinaires n'a pas prospéré.

Affirmant que « *l'intérêt principal [de la classification des cas d'ouverture] serait dans la distinction des moyens d'annulation ayant ou non un caractère d'ordre public* »⁴⁹¹, la proposition de la distinction de Laubadère a été, ensuite, reprise par d'autres auteurs. Pour ne citer qu'un exemple, c'est René Chapus dans son manuel de droit administratif qui met en avant la « *distinction des moyens selon qu'ils sont ou non d'ordre public* »⁴⁹² dans un paragraphe intitulé « *Les classifications des moyens de légalité* »⁴⁹³. D'ailleurs, René Chapus présente cette classification fondée sur la distinction entre les moyens d'ordre public et les moyens ordinaires avant celle entre les moyens de légalité externe et les moyens de légalité interne. Pour justifier une certaine pertinence de la classification sur la « *distinction des moyens selon qu'ils sont ou non d'ordre public* », le Professeur rappelle que, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, « *le fait que les moyens d'ordre public sont l'exception n'exclut pas qu'ils soient assez nombreux* »⁴⁹⁴. Une telle précision permet d'assurer qu'une telle classification reposant sur

⁴⁹⁰ (De) LAUBADERE André, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3^e éd., LGDJ, 1963, p. 476.

⁴⁹¹ *Ibid.*

⁴⁹² CHAPUS René, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Montchrestien, 2001, p. 1020.

⁴⁹³ *Ibid.*

⁴⁹⁴ *Ibid.*

cette distinction ne serait pas déséquilibrée en ce qu'un seul moyen serait d'ordre public et tous les autres ne le seraient pas. Certes, nous avons vu qu'au niveau de la légalité externe, seul l'incompétence était un moyen d'ordre public. Toutefois, au sein de la légalité interne, le moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi constitue un moyen d'ordre public⁴⁹⁵.

Cependant, l'imprécision de la notion de moyen d'ordre public⁴⁹⁶ ne permet pas de la rendre opérationnelle. En l'absence de définition précise, il est difficile de pouvoir aisément classer puisque, rappelons-nous, « *définir revient aussi à classer* »⁴⁹⁷. Face à cela, la classification basée sur cette distinction n'a pu prospérer. Pourtant, cette proposition semble séduisante et en adéquation avec l'évolution actuelle du traitement des illégalités par le juge.

b- Une proposition ravivée par l'appréhension d'une illégalité en fonction de sa gravité

La classification, fondée sur la distinction entre les moyens d'ordre public et les moyens ordinaires, révèle en substance une distinction entre les moyens graves et ceux qui le sont moins. Elle permet de regrouper les moyens graves entre eux ; et inversement. Or, comme nous l'avons montré dans la première partie de l'étude, les vices de légalité externe sont regroupés entre eux alors même qu'ils ont des degrés de gravité totalement différents. Adopter une telle classification permettrait de donner davantage de cohérence par rapport à la répartition actuelle des moyens de légalité externe du contentieux de l'excès de pouvoir.

Le relevé d'office, instrument de différenciation des moyens de légalité externe, serait, ici, appliquer uniquement à une catégorie particulière. Aujourd'hui, cet instrument est appliqué aux moyens de légalité externe, mais de façon différenciée. Comme nous l'avons vu, son application révèle la gravité ou non du vice. Par l'adoption de la classification fondée sur la

⁴⁹⁵ V. par exemple CE, 5 mai 1971, *Préfet de la Seine*, n° 75655, publié au recueil Lebon ; CE, ass. 15 mai 1981, *Maurice*, n° 33041, publié au recueil Lebon ; CE, sect., 8 novembre 1968, *Menez*, n° 72371, publié au recueil Lebon.

⁴⁹⁶ V. *supra* Chapitre 1. Section 2.- §1. A/ 1) a-

⁴⁹⁷ LE BLOND Jean-Marie, *op. cit.*

distinction entre les moyens d'ordre public et les moyens ordinaires, l'instrument du relevé d'office serait uniquement appliqué à la catégorie des moyens d'ordre public, et non pas à la catégorie légalité externe et légalité interne, pour éviter une différenciation au sein de chaque catégorie. Finalement, regrouper les moyens d'ordre public ensemble et les moyens ordinaires entre eux permettraient de faire correspondre la réalité au concept et de regrouper des éléments ensemble « *suivant des relations très spéciales* »⁴⁹⁸.

2) Une déclassification pour une reclassification fondée sur la distinction entre la légalité objective et la légalité subjective (M. Saussereau)

Une autre classification a été avancée par Mathilde Saussereau dans sa thèse⁴⁹⁹ : celle fondée sur la distinction entre la légalité objective et la légalité subjective. Après une explication de cette dernière (a), nous nous interrogerons sur la répartition des moyens de légalité externe entre ces deux nouvelles catégories que sont la légalité objective et la légalité subjective (b).

a- L'explication de la distinction

Comme nous l'avons indiqué à plusieurs reprises, quelque peu avec parcimonie, le recours pour excès de pouvoir subit un mouvement de subjectivisation. En introduction, nous avons repris une formulation de Jean-Bernard Auby qui prétendait, il y a peu, en 2019, que le contentieux administratif subissait un mouvement de subjectivisation⁵⁰⁰. Or, Jean-Bernard Auby n'a fait, en 2019, que confirmer ce qu'il avançait déjà en 2001 : « *le contentieux administratif devient de plus en plus un contentieux des intérêts, personnels et subjectifs, des administrés* »⁵⁰¹. Dès lors, la classification opérée par Mme Saussereau s'inscrirait dans ce

⁴⁹⁸ DURKHEIM Émile, MAUSS Marcel, *op. cit.*

⁴⁹⁹ SAUSSEREAU Mathilde, *Les classifications des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir : essai d'analyse critique*, TIMSIT Gérard (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université Paris 1, 2002, pp. 409 et suiv.

⁵⁰⁰ AUBY Jean-Bernard, « Conclusion en forme d'hypothèses », in AUBY Jean-Bernard (dir.), *Le future du droit administratif. The future of administrative law*, LexisNexis, 2019, pp. 563-576.

⁵⁰¹ AUBY Jean-Bernard, « La bataille de San Romano : réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », AJDA, 2001, p. 912.

mouvement de subjectivisation. Elle affirme à ce titre que la classification qu'elle avance a, notamment, pour « *prémises* »⁵⁰² ce mouvement de subjectivisation mis en exergue par la doctrine⁵⁰³.

Pour bâtir sa distinction entre la légalité objective et la légalité subjective, Mathilde Saussereau part d'un constat pour constituer le fondement de la distinction entre ces deux légalités⁵⁰⁴. Elle met en avant la polysémie du terme « droit » en indiquant que le droit peut être compris, d'une part, comme un ensemble de règles désigné comme « le droit », et d'autre part, comme une prérogative au sens subjectif renvoyant « aux droits ». Or, selon elle, à partir de là, il est possible d'utiliser ces deux sens du terme « droit » pour l'associer au recours pour excès de pouvoir. En effet, ce dernier ayant pour fonction de sanctionner les méconnaissances de la légalité, entendue comme un ensemble des normes que l'administration doit respecter, il a finalement pour fonction de sanctionner le non-respect par l'administration du droit objectif et des droits subjectifs.

A partir de là, la distinction entre l'objectif et le subjectif est appréhendée, par l'auteur, selon une approche fonctionnelle traduisant « *la différence de nature des phénomènes* »⁵⁰⁵. Autrement dit, elle permet de différencier deux types de contrôles opérés par le juge : d'une part, un contrôle centré sur l'acte pour la légalité objective, et d'autre part, un contrôlé centré sur le sujet de droit pour la légalité subjective. Concernant le contrôle porté sur l'acte, « *il exprime l'idée que l'acte doit posséder certaines qualités, indépendamment de ce à quoi – ou à qui – il peut porter atteinte* »⁵⁰⁶. Concernant ensuite le contrôlé porté sur le sujet de droit, il a pour conséquence de sanctionner, non seulement la méconnaissance « des droits », mais également l'atteinte portée à « des intérêts », tels qu'écologiques ou financiers⁵⁰⁷, qui ne seraient pas nécessairement ceux du sujet de droit.

⁵⁰² SAUSSEREAU Mathilde, *Les classifications des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir : essai d'analyse critique*, TIMSIT Gérard (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université Paris 1, 2002, pp. 411 et suiv.

⁵⁰³ *Ibid.* ; V. également FOULQUIER Norbert, *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, MODERNE Franck (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université Paris 1, 2001, publiée chez Dalloz.

⁵⁰⁴ SAUSSEREAU Mathilde, *op. cit.*, pp. 433 et suiv.

⁵⁰⁵ *Ibid.*

⁵⁰⁶ *Ibid.*

⁵⁰⁷ Exemples cités par Mathilde Saussereau, *op. cit.*, p. 435.

Partant, « la légalité qui justifie le contrôle de la qualité de l'acte est indifférente aux droits protégés : elle est générale est abstraite »⁵⁰⁸. A l'inverse, s'agissant de la légalité subjective, le contrôle aurait pour objectif de rechercher un équilibre entre les droits et les intérêts⁵⁰⁹. Dès lors, l'invocation d'un moyen aboutira soit à un contrôle objectif, soit à un contrôle subjectif selon leur propre répartition.

b- La répartition des moyens de légalité externe entre légalité objective et légalité subjective

L'auteur procède à une répartition des moyens existants dans sa nouvelle classification. Les moyens de légalité externe subissent un déclassement pour être, ensuite, reclasser : les uns étant associés à la légalité objective, les autres à la légalité subjective.

« Certaines illégalités semblent, a priori, plus marquées par leur caractère objectif ; il s'agit des moyens d'ordre public, qui doivent être examinés par le juge même si, n'ayant lésé aucun droit ou intérêt, ils n'ont pas été invoqués par le requérant »⁵¹⁰. Ainsi, les moyens d'ordre public, que constitue l'incompétence, seraient rangés au sein de la légalité objective. L'incompétence deviendrait, dès lors, un moyen de légalité objective. Au surplus, l'incompétence négative qui constitue une erreur de droit, pourrait selon Mathilde Saussereau, être un moyen de légalité objective puisque, dans ce cas, « le juge ne sanctionne pas la méconnaissance d'un droit mais l'irrégularité d'une action »⁵¹¹. De même et pour la même raison, la méconnaissance des règles relatives à l'avis conforme deviendrait un moyen de légalité objective. Enfin, l'irrégularité ou l'absence de consultation du Conseil d'État serait un moyen de légalité objective. Dans la première partie de l'étude, nous avons démontré que l'altération de la légalité externe était, notamment, due à l'application d'instruments différenciés tous azimuts. Par cette nouvelle reclassification, Mathilde Saussereau nous offre ainsi une alternative à la discordance au sein de la légalité externe qui l'amenait sur la voie du déclin.

⁵⁰⁸ SAUSSEREAU Mathilde, *op. cit.*, p. 436.

⁵⁰⁹ *Ibid.*

⁵¹⁰ SAUSSEREAU Mathilde, *op. cit.*, p. 438.

⁵¹¹ SAUSSEREAU Mathilde, *op. cit.*, p. 440.

A l'inverse, s'agissant du vice de forme et du vice de procédure, ces derniers seraient répartis au sein de la légalité subjective. « *Les illégalités qui sanctionnent la méconnaissance [du vice de forme et du vice de procédure] sont destinées à donner prise à un contrôle de type subjectif (...). La logique du contrôle des droits va (...) gagner ces illégalités dans leur ensemble : les intérêts, même publics, intègrent la recherche d'équilibre qui caractérise les contrôles subjectifs* »⁵¹². Le défaut de motivation, vice de forme, intégrerait la légalité subjective car, selon l'auteur, « *le droit à la motivation de l'acte peut se comprendre comme une assurance du droit au recours* »⁵¹³. Toutefois, pour aussi simple que celui puisse paraître, tous les vices de procédure et de forme ne serait pas intégrés au sein de la légalité subjective. Si les vices de procédures ayant privé les intéressés d'une garantie serait naturellement compris comme des moyens de légalité subjective, il reste que ceux ayant eu une incidence sur le sens de la décision se révèle, au contraire, comme se rapprochant de la légalité objective. Pourtant, l'auteur démontre dans sa thèse que l'irrégularité ayant eu une incidence sur le sens de la décision relève, finalement, d'une atteinte à des droits et des intérêts et que, à ce titre, elle peut aisément intégrer la légalité subjective.

Ainsi, la reclassification proposée par Mathilde Saussereau aurait l'avantage de donner plus de cohérence au sein du contentieux de l'excès de pouvoir. Certains pourront pointer du doigt d'éventuelles carences, d'autres d'éventuelles apories. Néanmoins, elle constitue une piste envisageable, au même titre que le dédoublement proposé par le Professeur Melleray ou encore la classification opérée sur la distinction entre les moyens d'ordre public et les moyens ordinaires. Ces trois propositions avancées par la doctrine constituent des bases, des amorces à une remise en question de l'ordre établi.

Surtout, on remarque un point commun dans ces trois classifications : l'apport de l'aspect subjectif dans le recours pour excès de pouvoir. Cet aspect entraîne d'ailleurs une division entre, d'une part l'aspect objectif comme l'action holiste, les moyens d'ordre public et la légalité objective, et d'autre part, l'aspect subjectif tel que l'action individualiste, les moyens ordinaires et la légalité subjective. A partir de ces éléments mis en avant, ou plutôt du point commun de ces trois propositions, on pourrait éventuellement avancer quelque chose de nouveau.

⁵¹² SAUSSEREAU Mathilde, *op. cit.*, p. 467.

⁵¹³ SAUSSEREAU Mathilde, *op. cit.*, p. 471.

Quoi qu'il en soit, elles évitent de se lancer dans un chantier sans point d'appui. Elles n'apportent certainement pas toutes les réponses. Elles ont, cependant, le mérite de proposer des alternatives, notamment, au déclin de la légalité externe que nous avons mis en avant dans la première partie de notre étude. De telles alternatives ont été, jusqu'ici, avancées sans toucher à la distinction entre les recours du contentieux administratif. Or, la solution se trouve peut-être dans une restructuration plus globale de ce dernier.

§2. La reclassification des moyens à travers une restructuration plus globale du contentieux administratif

L'idée d'une restructuration globale du contentieux administratif n'est pas nouvelle. Elle a notamment été avancée par une critique de la classification formelle⁵¹⁴, c'est-à-dire de la distinction entre le recours pour excès de pouvoir et le recours de plein contentieux (A). Si cette critique est ancienne et si la structure du contentieux administratif n'a pas changé depuis, il reste que l'idée d'une restructuration globale du contentieux administratif commence à émerger chez la doctrine et chez les praticiens⁵¹⁵ en raison de l'évolution récente de l'office du juge administratif (B). D'ailleurs, la classification actuelle serait même un frein en ce qu'elle « *contrarie le mouvement d'enrichissement de l'office du juge administratif* »⁵¹⁶, selon les propos d'Hélène Lepetit-Collin et Alix Perrin. Ainsi, parce qu'elle est loin d'être une utopie et pourra tôt ou tard s'imposer, l'évocation d'une restructuration globale du contentieux

⁵¹⁴ Nous nous concentrons sur la classification formelle et non pas sur la classification matérielle proposée par Léon Duguit dans la mesure où force est de constater que seule la classification formelle est utilisée par le juge qui distingue le recours en excès de pouvoir et le recours de pleine juridiction (ainsi que les recours en interprétation et répressif). A l'inverse, le juge ne distingue pas entre les contentieux subjectifs et objectifs proposés par le Professeur Duguit dans son *Traité de droit constitutionnel*, V. DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, 2^e éd., 1923, p. 342 et suiv. [en ligne], [consulté le 9 juin 2020], <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9326470/f358.image>

⁵¹⁵ V. par exemple LEPETIT-COLLIN Hélène, PERRIN Alix, « La distinction des recours contentieux en matière administrative », RFDA, 2011, p. 813 ; MELLERAY Fabrice, *op. cit.* ; ROTOUILLE Jean-Charles, « Le contentieux environnemental », AJDA, 2020, p. 209 ; V. également pour une interrogation sur l'appropriation de la régularisation par le juge de l'excès de pouvoir relevant pourtant du plein contentieux DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis, ODINET Guillaume, « La régularisation, nouvelle frontière de l'excès de pouvoir ? », AJDA, 2016, p. 1859.

⁵¹⁶ LEPETIT-COLLIN Hélène, PERRIN Alix, *op. cit.*

administratif devient alors intéressante pour notre étude afin d'aborder l'impact inévitable qu'elle dispensera à l'égard de la légalité externe dans le contentieux de l'excès de pouvoir⁵¹⁷.

A/ L'idée de restructuration amorcée par une critique ancienne de la classification formelle

Outre la critique traditionnelle issue de Gaston Jèze⁵¹⁸ à l'égard de la classification formelle, on s'intéressa ici à celle mise en avant par Fabrice Melleray dans sa thèse⁵¹⁹. Il démontre que la classification formelle ne repose sur aucun fondement (2). Une telle démonstration ne peut alors que mettre à mal la distinction entre recours de plein contentieux et recours pour excès de pouvoir, déjà pourtant ancienne (1).

1) Les origines de la classification formelle

Souvent attribuée à Laferrière comme en étant l'inventeur, la classification formelle trouve pourtant ses origines chez Léon Aucoc. Édouard Laferrière n'a fait que formaliser cette classification et lui trouver un fondement.

Les origines de la classification formelle sont à attribuer à Léon Aucoc qui a commencé à élaborer une classification formelle rendue nécessaire par le développement du recours pour excès de pouvoir⁵²⁰. Considéré pendant longtemps, avant le Second Empire, comme une voie exceptionnelle, le recours pour excès de pouvoir s'est réellement émancipé du recours de plein contentieux sous le Second Empire, notamment sous l'effet du décret du 2 novembre 1864 dispensant le requérant d'avocat s'il introduit un recours pour excès de pouvoir⁵²¹. Or, c'est justement au moment du développement du recours pour excès de pouvoir que Léon Aucoc était commissaire du gouvernement au Conseil d'État et a pu être en première ligne pour

⁵¹⁷ Il s'agira toutefois de montrer la nécessité d'une restructuration plus globale du contentieux administratif sans réellement y apporter de modèles.

⁵¹⁸ JEZE Gaston, « Exposé critique d'une théorie en faveur au Conseil d'État sur la classification des recours contentieux en recours en annulation et en recours de plein contentieux », RDP, 1908, p. 671.

⁵¹⁹ MELLERAY Fabrice, *op. cit.*, p. 61 et suiv.

⁵²⁰ V. en ce sens MELLERAY Fabrice, *op. cit.*, p. 25 et suiv.

⁵²¹ MELLERAY Fabrice, « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation », Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, 2007.

insuffler une telle entreprise de structuration du contentieux administratif⁵²². Pascale Gonod démontre à ce titre dans sa thèse dévolue à Édouard Laferrière que la classification formelle qu'on lui doit « se situe dans le prolongement direct des travaux d'Aucoc, qui, avant Laferrière, dégage les principes de contentieux administratif »⁵²³.

Si, Léon Aucoc a pu distinguer trois types de contentieux – d'annulation, de plein contentieux et d'interprétation – en fonction des pouvoirs du juge en affirmant que « *la juridiction administrative peut être saisie dans trois conditions différentes. Tantôt elle est juge du fond des contestations soulevées par un acte de l'administration et elle peut substituer sa décision à celle qui est attaquée devant elle (...). Tantôt elle est appelée à se prononcer, à l'occasion d'un procès qu'elle n'aura pas à juger, sur le sens et la portée d'actes administratifs (...). Tantôt enfin, elle est saisie de recours qui tendent uniquement à faire tomber un acte irrégulier, sans qu'elle puisse, après avoir annulé cet acte, y substituer une décision différente* »⁵²⁴, il reste que cette classification ne repose sur aucun fondement⁵²⁵. C'est, au contraire, Édouard Laferrière qui a trouvé un fondement à cette classification formelle en distinguant les actes en fonction de leur nature, c'est-à-dire les actes de gestion et les actes d'autorité⁵²⁶ ; les uns soumis au plein contentieux, les autres subordonnés au contentieux de l'excès de pouvoir.

2) L'absence de fondement conceptuel

Malgré une classification développée par Aucoc en l'absence de fondement, Édouard Laferrière a comblé cette lacune en lui en trouvant un. Néanmoins, son fondement a été rejeté (a), ne faisant dès lors reposer la classification formelle sur aucun fondement. Face à cette difficulté, il est alors souvent procédé à un amalgame entre le fondement de la classification et les critères qui distinguent chaque contentieux issu de la classification (b).

⁵²² MELLERAY Fabrice, *Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, op. cit., p. 38 et suiv.

⁵²³ GONOD Pascale, *Édouard Laferrière, un juriste au service de la République*, thèse de doctorat, publiée chez LGDJ, 1997, p. 424.

⁵²⁴ AUCOC Léon, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, t. I, 1^{ère} éd., Dunod, 1869, pp. 361-362, cité par MELLERAY Fabrice, op. cit., p. 41.

⁵²⁵ GUILLIEN Raymond, *L'exception de recours parallèle. Distinction des contentieux. Compétence juridictionnelle et recevabilité en doctrine et en jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1934, p. 86.

⁵²⁶ GONOD Pascale, op. cit., p. 151.

a- *Le fondement rejeté de Laferrière*

Comme l'énonce Fabrice Melleray dans sa thèse, le fondement de la classification formelle proposée par Édouard Laferrière « *consistant à faire correspondre actes d'autorité et excès de pouvoir et actes de gestion et pleine juridiction, est aujourd'hui dépassé, obsolète. On peut même considérer qu'il n'a exercé d'influence sur la jurisprudence que durant quelques années seulement, à la fin du XIXème siècle et dans les toutes premières années du XXème siècle* »⁵²⁷. Si la jurisprudence a repris la classification d'Aucoc et de Laferrière, elle n'en a pas repris le fondement : celui de la nature de l'acte. Elle ne fait alors pas reposer le plein contentieux sur un acte de gestion ou l'excès de pouvoir sur un acte d'autorité. Le Professeur Melleray nous en explique la raison simple. Il est en effet difficile de définir ce qui différencie un acte de gestion d'un acte d'autorité et de connaître ce que chacun de ces actes regroupe, tant chacune des notions demeure floue.

Malgré le rejet du fondement proposé par Édouard Laferrière pour distinguer le recours de plein contentieux du recours pour excès de pouvoir, il aurait été naturel d'imaginer de la part du juge voire de la doctrine l'adoption d'un autre fondement. Or, il n'en est rien. Fabrice Melleray affirme à cet égard que « *la doctrine contemporaine n'a pas, à notre connaissance, proposé aucun fondement de substitution* »⁵²⁸. Il va d'ailleurs plus loin puisqu'il énonce qu'elle « *ne paraît guère se soucier du fait que la classification formelle ait un fondement introuvable* »⁵²⁹. La doctrine s'intéresse, au contraire, uniquement aux raisons pratiques qui amènent le juge à rattacher tel contentieux au plein contentieux ou à l'excès de pouvoir. Le juge ne ferait pas reposer la classification formelle sur un fondement objectif. Il rattacherait alors un contentieux de façon arbitraire selon des considérations pratiques.

Or, une construction sans fondement ne peut tenir debout et prospérer indéfiniment, à tout le moins de façon logique. Dès lors l'absence d'un tel fondement remet fortement en question la classification formelle adoptée par le juge puisqu'elle ne repose sur aucune justification.

⁵²⁷ MELLERAY Fabrice, *op. cit.*, p. 68.

⁵²⁸ MELLERAY Fabrice, *op. cit.*, p. 69.

⁵²⁹ *Ibid.*

b- L'amalgame entre fondement et critère

En l'absence de fondement, la distinction entre le recours de plein contentieux et le recours pour excès de pouvoir n'est plus justifiée. Elle n'a aucune raison d'être. Elle illustre, seulement et principalement, les différents pouvoirs que possède le juge en fonction du recours dans lequel on se trouve. Ces différents pouvoirs constituent le critère de la classification formelle. Ils n'expliquent pas le pourquoi de la classification formelle. Or, comme le révèle Fabrice Melleray dans sa thèse, les auteurs ont tendance à émettre une confusion entre le fondement et le critère de la classification formelle. Par une telle confusion, on aurait alors tendance à tenir pour acquis, à considérer comme immuable et comme allant de soi la classification formelle. Pire, à tenir le critère comme justification à la classification formelle.

Nous prenons trois exemples dans lesquels d'illustres professeurs auraient commis l'amalgame entre critère et fondement de la classification formelle. Tout d'abord, la table des matières du cours de contentieux administratif du Professeur Odent expose la distinction des contentieux dans la troisième partie en indiquant d'emblée qu'elle est « *fondée sur la nature des pouvoirs dont le juge dispose pour régler un litige déterminé* »⁵³⁰. Pire encore, la lecture du manuel de droit administratif de Jacques Petit et Pierre-Laurent Frier nous amène à croire qu'« *à la fin du XIXème, Laferrière distingua, en se fondant sur les pouvoirs du juge* »⁵³¹, les contentieux regroupés au sein de la classification formelle. Cependant, comme nous venons de le voir, Laferrière ne distingue pas les contentieux « *en se fondant sur les pouvoirs du juge* », mais en se fondant sur la distinction entre acte d'autorité et acte de gestion, laquelle justifie que le juge dispose de pouvoirs différents (en tout cas pour les deux principaux contentieux que sont le recours pour excès de pouvoir et le plein contentieux). Enfin, Pierre Delvolvé affirme dans son petit livre essai que « *la systématisation entreprise par E. Laferrière (...) est fondée sur les pouvoirs du juge* »⁵³², ce qui constituerait là encore un amalgame entre le fondement et le critère de la classification formelle.

⁵³⁰ ODEMENT Raymond, *Contentieux administratif*, Les Cours de droit, p. XXIII.

⁵³¹ FRIER Pierre-Laurent, PETIT Jacques, *Droit administratif*, 13^e éd., LGDJ, 2019, p. 609.

⁵³² DELVOLVÉ Pierre, *Le droit administratif*, 7^e éd., Dalloz, 2018, p. 113.

Comme l'énonce vigoureusement bien Fabrice Melleray, « *il est indispensable de bien distinguer le critère et le fondement de chaque classification, le premier étant le caractère permettant d'opposer les différents objets ordonnés et le second l'élément sous-tendant la classification, ce sur quoi elle repose, ce qui justifie le choix du critère* »⁵³³. Un tel effort de précision permettrait, certainement à plus forte raison, à pouvoir interroger aisément la classification.

Ainsi, la classification formelle distinguant notamment le recours de plein contentieux et le recours pour excès de pouvoir ne repose sur aucun fondement. Seul le critère lié aux pouvoirs du juge perdure pour différencier ces deux contentieux. Toutefois, bien que le critère ne puisse justifier une classification, il reste que même celui-ci est touché de plein fouet en raison de l'évolution de l'office du juge de l'excès de pouvoir.

B/ L'idée de restructuration rendue nécessaire par l'évolution de l'office du juge de l'excès de pouvoir

L'évolution récente de l'office du juge de l'excès de pouvoir aboutit à un rapprochement de l'office des juges de l'excès de pouvoir et de plein contentieux. Alors même que la classification formelle ne repose sur aucun fondement comme nous venons de le démontrer, un tel rapprochement entraîne la disparition du critère de distinction de la classification formelle. Dès lors, il semble difficile de maintenir l'existence de recours différents tels qu'on les connaît. Une réforme de la structuration du contentieux administratif semble alors indispensable. Or, une telle restructuration aura nécessairement une incidence sur la structuration actuelle de la légalité externe dans le contentieux de l'excès de pouvoir.

⁵³³ MELLERAY Fabrice, *op. cit.*, p. 65.

Le rapprochement de l'office des juges de l'excès de pouvoir et de plein contentieux serait notamment dû, d'une part, par l'incorporation d'un pouvoir d'injonction reconnu au juge de l'excès de pouvoir, et d'autre part, par l'adoption de nouveaux pouvoirs de sanction.

Selon Fabrice Melleray, la reconnaissance au profit du juge administratif d'un pouvoir d'injonction⁵³⁴ rend « *obsolète* »⁵³⁵ le critère de distinction entre recours pour excès de pouvoir et pleine juridiction. Également, Pierre Delvolé souligne que « *la pleine juridiction n'est même plus radicalement distincte des autres contentieux depuis que le législateur permet aux juridictions administratives d'assortir leurs décisions, notamment d'annulation, de l'injonction de prendre les mesures qu'impose nécessairement leur exécution : ordonner de remplacer la décision annulée par une autre, c'est passer du contentieux de l'annulation à celui de la pleine juridiction* »⁵³⁶. Il aurait, cependant, pu être mis en avant que le pouvoir d'injonction du juge de l'excès de pouvoir était conditionné par le requérant et que, par conséquent, ce pouvoir ne lui ait permis que si le requérant le décide. En effet, le juge administratif ne peut enjoindre à l'administration via les outils permis par la loi de 1995⁵³⁷ seulement s'il est saisi de conclusions en ce sens⁵³⁸. Cependant, depuis une loi de 2019⁵³⁹, le pouvoir d'injonction du juge administratif a été rénové. Depuis, il peut d'office prescrire une mesure d'injonction. Dès lors, le critère tenant à la distinction entre les pouvoirs du juge en fonction du recours contentieux apparaît réellement dépassé.

Au surplus, le dépassement de la seule annulation sanction renforce l'obsolescence du critère de distinction du plein contentieux et du recours pour excès de pouvoir. Par exemple, avec le pouvoir de modulation des effets d'une annulation, le juge prend en compte la situation juridique à la date à laquelle il statue et non pas à la date de l'édition de l'acte administratif⁵⁴⁰.

⁵³⁴ Bien qu'un tel pouvoir fût attendu ; V. en ce sens RIVERO Jean, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », Dalloz, 1962, p. 37.

⁵³⁵ MELLERAY Fabrice, *op. cit.*, p. 79 ; V. également BLANCO Florent, *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*, PONTIER Jean-Marie (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université de Aix-Marseille 3, 2006, publiée chez PUAM ; BERNARD Michel, « Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ? », AJDA, 1995, p. 190.

⁵³⁶ DELVOLLE Pierre, *op. cit.*, p. 114.

⁵³⁷ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, publiée au JORF n° 0034 du 9 février 1995, p. 2175.

⁵³⁸ V. en ce sens WACHSMANN Patrick, cité par MELLERAY Fabrice, *op. cit.*, p. 92.

⁵³⁹ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, publiée au JORF n° 0071 du 24 mars 2019 ; V. *supra* Chapitre 1. Section 1.- §2. B/ 2) b-

⁵⁴⁰ V. en ce sens GENEVOIS Bruno, « A quelle date apprécier la légalité d'un acte administratif dans le contentieux de l'excès de pouvoir ? Le problème général », RFDA, 2020, 457 : dans cet article, Bruno Genevois rappelle la règle selon laquelle un acte administratif est apprécié à la date de son édition et non pas à la date où

Or, ce glissement de l'appréciation temporelle d'un acte administratif, dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, le rapproche d'un recours de plein contentieux. Dès lors, il semble difficile de maintenir encore deux recours contentieux distincts (pour les principaux).

Pour conclure, il nous apparaît comme parfaitement pertinent de reprendre les propos de l'illustre Professeur Didier Truchet. Ce dernier affirme, avec raison, que « *mettre à la retraite la distinction des contentieux n'est pas nier les services qu'elle a rendus, mais seulement constater qu'elle a fait son temps. Elle a perdu les vertus (au demeurant, toujours incertaines) de structuration et d'explication qui justifiaient son maintien. Son apparente conservation par le Conseil d'État n'est possible qu'au prix d'une somme de nuances, d'exceptions, de glissements d'une branche à l'autre, qui créent aujourd'hui plus d'obscurité que de clarté. Avec l'injonction, l'office du juge a commencé à lui échapper et depuis 1995, l'évolution n'a fait qu'aggraver sa perte de substance. La distinction était pertinente au temps de l'autolimitation par le juge de son office : elle ne l'est plus, maintenant qu'il a entrepris de l'étendre considérablement* »⁵⁴¹.

Quoi qu'il en soit, à partir de ce constat, il est plus que nécessaire de repenser la structuration entière du contentieux administratif. Entre fusion des recours⁵⁴² ou, de façon plus ambitieuse, restructuration plus globale, un tel changement du contentieux administratif aurait nécessairement un impact, que l'on espère positif, sur la légalité externe dans le contentieux de l'excès de pouvoir en procédant à son éclatement.

le juge statue. D'ailleurs dans cet article, il se refuse à une « *fusion* » du contentieux de l'excès de pouvoir et du plein contentieux.

⁵⁴¹ *Ibid.*

⁵⁴² ROTOUILLE Jean-Charles, « Le contentieux environnemental », AJDA, 2020, p. 209 ; une telle fusion est rejetée par Bruno Genevois, V. *op. cit.*

CONCLUSION

Depuis quelques années, l'appréhension d'un vice de procédure ou d'un vice de forme par le juge démontrait, notamment, que la légalité externe ne suffisait plus à permettre de faire annuler un acte administratif dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir. Pourtant, une telle assertion ne pouvait qu'être relativisée. En effet, à la différence des deux autres moyens délaissés de la légalité externe, l'incompétence, qui figure également au sein de la légalité externe, a toujours constitué une illégalité si grave que le juge est tenu de soulever d'office une telle irrégularité pour annuler un acte administratif. Dès lors, le regroupement sous une même bannière de moyens, dépourvus de la même intensité et de la même robustesse pour permettre une annulation, apparaît comme étant insatisfaisant. Ce simple constat d'un manque d'unité et de cohérence de la légalité externe nous alors amenait à s'interroger sur l'avenir de la légalité externe : la légalité externe a-t-elle encore un avenir dans le contentieux de l'excès de pouvoir ?

*

L'analyse de la jurisprudence et de la doctrine a montré que cette carence dans l'unité et la cohérence de la légalité externe étaient, en fait, plus profondes. La légalité externe est sur la voie du déclin. L'altération de la légalité externe touche, effectivement, ses deux aspects : celui tenant à la cause juridique ainsi que celui tenant à un ensemble de moyens.

En premier lieu, la légalité externe en tant que cause juridique n'a plus de raison d'être. Sa justification principale, l'immutabilité de l'instance, est devenue obsolète. Elle était, d'ailleurs, plutôt qu'une justification, un prétexte. Aussi, l'autorité de chose jugée qui semble être un plaidoyer en faveur du maintien de la cause juridique, et donc de la légalité externe en tant que cause juridique, présente une ambivalence à l'égard de la légalité externe. Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, l'autorité de chose jugée se subdivise en deux éléments : l'autorité relative de chose jugée et l'autorité absolue de chose jugée. S'agissant de l'autorité relative de chose jugée dont sont revêtus les jugements de rejet, elle emploie la notion de cause juridique et justifie l'existence de la légalité externe en tant que cause juridique ; même s'il serait d'ailleurs aisé de considérer que la cause puisse regrouper, plutôt qu'uniquement la légalité

externe, tous les moyens de légalité. S'agissant de l'autorité absolue de chose jugée dont sont revêtus les jugements d'annulation, la notion de cause, qui n'est pourtant pas employée, a été revalorisée par la décision *Société Eden* qui permet une hiérarchisation des causes juridiques, c'est-à-dire une hiérarchisation entre la légalité externe et la légalité interne, au profit de cette dernière et au détriment de la légalité externe. Ne permettant pas, à la différence de la légalité interne, de purger le litige, la légalité externe est alors délaissée.

En second lieu, la légalité externe en tant qu'un ensemble de moyens n'a plus aucune cohérence dans le regroupement de ceux-ci. Ce manque de cohérence procède d'une différenciation entre les moyens de légalité externe. Au stade de l'examen des moyens, celle-ci a, dès le départ, été systématisée par des instruments que sont le relevé d'office et le critère du vice substantiel. Mais, en plus, cette systématisation ne reflète pas la réalité jurisprudentielle. Elle est, elle-même, différenciée en ce que, par exemple, l'instrument du relevé d'office, censé s'appliquer uniquement au moyen tiré de l'incompétence marquant à ce titre une différence dans l'appréhension d'une illégalité externe par le juge et aboutissant à hiérarchiser les moyens de légalité externe entre eux, est également utilisé à l'égard d'un vice de procédure dans certain cas, ou encore, non employé pour un vice d'incompétence. Au stade de la sanction des moyens de légalité externe, cette différenciation impossible à systématiser apparaît comme le point ultime du manque de cohérence au sein de la légalité externe. Des moyens de légalité externe qui étaient appréhendés de telle manière au stade de l'examen, sont, au stade de leur sanction, appréhendés d'une toute autre manière. Souvent mis avant comme renvoyant aux aspects formels et/ou extérieurs d'une décision administrative, une telle caractéristique ne constitue alors plus que le seul et unique point commun de ces moyens. Ce dernier est d'ailleurs contestable au regard de l'appréciation du vice de procédure par le juge. Une telle caractéristique ne peut néanmoins être satisfaisante dans une classification contentieuse. Elle l'est uniquement dans un souci pédagogique. Ainsi, par un tel manque de cohérence, la légalité externe est effectivement sur la voie du déclin.

*

Parce que nous ne voulions pas nous arrêter à un tel constat de cette altération de la légalité externe, nous avons essayé de penser à la façon dont il serait possible de sortir par le haut de cette situation. En s'appuyant sur la doctrine ou tout simplement en reprenant à notre compte leurs écrits, nous avons tenté d'imaginer un avenir pour la légalité externe pour contrer son

déclin. Pour un tel but, deux moyens peuvent être mis en exergue : une revalorisation de la légalité externe par une préservation de celle-ci voire également par son éclatement.

Concernant la revalorisation de la légalité externe par une préservation de celle-ci, nous nous appuyés sur les idées avancées par Yann Aguila. Ce dernier propose deux moyens pour parvenir à un tel résultat : l'instauration d'un référé pré-décisionnel ou l'admission de la contestation des actes préparatoires. Ayant avant tout pour but de revaloriser le vice de procédure, ces deux idées auraient nécessairement pour effet de rendre la cohérence et l'unité perdues des moyens de légalité externe. Leur point commun est de repenser le moment de l'annulation du vice de procédure. Plus tôt ce dernier est contrôlé par le juge, moins il est délaissé. Toutefois, afin d'éviter de renouer avec une altération de la légalité externe ou encore pour éviter de porter atteinte au privilège du préalable qui constitue un principe majeur en droit administratif, nous avons, à propos du référé pré-décisionnel, tentait de nous inspirer de recours déjà existants pour lui donner des éléments de confection. Pour cela, nous nous sommes appuyés sur la demande en appréciation de régularité issue de la loi ESSOC ainsi que sur le référé précontractuel. Bien qu'il ne soit encore qu'au stade des idées, il reste que le référé pré-décisionnel apparaît, quoi qu'il en soit, comme un bon moyen de sortir par le haut de l'altération de la légalité externe.

Concernant la revalorisation de la légalité externe par un éclatement de celle-ci, nous considérons qu'une restructuration des moyens de légalité aurait nécessairement pour impact de revaloriser les moyens, anciennement, de la légalité externe. L'idée avancée ici est de permettre de donner davantage de cohérence et d'unité à chaque regroupement. C'est alors que nous avons avancé l'idée de restructuration des moyens de légalité externe, mais également, celle de restructuration plus globale du contentieux administratif. En exhumant certains écrits de la doctrine, nous avons tenté d'apporter des réponses à une reclassification des moyens de légalité externe au sein du recours pour excès de pouvoir. Cependant, à propos d'une restructuration plus globale du contentieux administratif, plutôt que d'envisager une méthode particulière pour aboutir à un tel résultat, nous nous sommes contentés de mettre en avant la nécessité d'une telle restructuration entière du contentieux administratif ; qui ne fait pourtant pas l'unanimité. Or, il semblerait que la voie est, aujourd'hui, ouverte d'une transformation plus globale du droit, qui ne laisse alors pas impossible d'imaginer de tels scénarios.

BIBLIOGRAPHIE

I.- MANUELS, OUVRAGES ET TRAITES

AUBY Jean-Marie, DRAGO Roland, *Traité de contentieux administratif*, t. II, LGDJ, 1962.

BACHELARD Gaston, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin.

BONNARD Roger, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., LGDJ, 1943.

BROYELLE Camille, *Contentieux administratif*, 7^e éd., LGDJ, 2019.

CASSIA Paul, *La République du futur*, Libre & Solidaire, 2019.

CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, GUINCHARD Serge, MAYER Lucie, *Procédure civile*, 6^e éd., Dalloz, 2019.

CHAPUS René, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Montchrestien, 2001.

CHAPUS René, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., LGDJ, 2008.

CHEVALLIER Jacques, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970, réimp. 2015.

CHEVALLIER Jacques, *L'État post-moderne*, 5^e éd., LGDJ, 2017.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., PUF, 2016.

DELVOLVE Pierre, VEDEL Georges, *Droit administratif*, t. II, 12^e éd., PUF, 1992.

DELVOLVE Pierre, *Le droit administratif*, 7^e éd., Dalloz, 2018.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, 2^e éd., 1923.

FOURNIER Jacques, *Itinéraire d'un fonctionnaire engagé*, Dalloz, 2008.

FRIER Pierre-Laurent, PETIT Jacques, *Droit administratif*, 13^e éd., 2019.

GUYOMAR Mattias, SEILLER Bertrand, *Contentieux administratif*, 5^e éd., Dalloz, 2019.

HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., 1901.

LAUBADERE André (de), *Traité élémentaire de droit administratif*, 3^e éd., LGDJ, 1963.

LE BLOND Jean-Marie, *Logique et méthode chez Aristote : étude sur la recherche des principes dans la physique aristotélicienne*, Vrin, 1996.

MOTULSKY Henri, *Ecrits. Etudes et notes de procédure civile*, Dalloz, 2009.

ODENT Raymond, *Contentieux administratif*, Les Cours de droit.

PACTEAU Bernard, *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, PUF, 2003.

PLESSIX Benoit, *Droit administratif général*, 2^e éd., LexisNexis, 2018.

ROUQUETTE Rémi, *Petit traité du procès administratif 2018/19*, 8^e éd., Dalloz, 2018.

VIZIOZ Henry, *Études de procédure*, Dalloz, 1956, réimp. 2011.

II.- THESES ET MEMOIRES

BELRHALI Hafida, *Les coauteurs en droit administratif*, BIAYS Joël-Pascal (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université Grenoble 2, 2003, publiée chez LGDJ.

BLANCO Florent, *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*, PONTIER Jean-Marie (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université de Aix-Marseille 3, 2006, publiée chez PUAM.

CALOGEROPOULOS André, *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, thèse de doctorat, droit public, Université Paris II, publiée chez LGDJ, 1983.

CLAEYS Antoine, *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, LACHAUME Jean-François (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université de Poitiers, 2005.

CONNIL Damien, *L'office du juge administratif et le temps*, (de) BECHILLON Deny (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université de Pau, 2010, publiée chez Dalloz.

DEBOUY Christian, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, thèse de doctorat, Université de Poitiers, 1978.

DEFOORT Benjamin, *La décision administrative*, SEILLER Bertrand (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université Paris II, 2012.

DUMONT Gilles, *La citoyenneté administrative*, CHEVALLIER Jacques (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université Paris II, 2002.

FOULQUIER Norbert, *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, MODERNE Franck (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université Paris 1, 2001, publiée chez Dalloz.

GHEZZOU Brahim, *Le renouvellement du contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, PISSALOUX Jean-Luc (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université Bourgogne Franche-Comté, 2017.

GILLI Jean-Paul, *La cause de la demande en justice : essai de définition*, RIVERO Jean (dir.), thèse de doctorat, Droit, Paris, 1960, publiée chez LGDJ.

GONOD Pascale, *Édouard Laferrière, un juriste au service de la République*, thèse de doctorat, 1997, publiée chez LGDJ.

HOUSTIOU René, *Procédures et formes de l'acte administratif en droit français*, LGDJ, 1975.

ISAAC Guy, *La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, 1968.

KORNPROBST Bruno, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, 1959.

KOUBI Geneviève, *Réflexions critiques à propos de la distinction entre légalité externe et légalité interne de l'acte administratif*, COLSON Jean-Philippe (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université de Montpellier 1, 1984.

LAFaix Jean-François, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'administration*, FATÔME Etienne (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université Paris 1, 2007, publiée chez Dalloz.

LELLIG Wendy, *L'office du juge administratif de la légalité*, CLAMOUR Guylain (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université de Montpellier, 2015.

MAMOUDY Olga, *La modulation dans le temps des effets des décisions de justice en droit français*, CASSIA Paul (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université Paris 1, 2013.

MELLERAY Fabrice, *Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, (du) BOIS de GAUDUSSON Jean (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université Bordeaux 4, 2000, publiée chez LGDJ.

MORIO Camille, *L'administré : essai sur une légende du droit administratif*, KADA Nicolas (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université de Grenoble Alpes, 2018.

PARDEILHAN Baptiste, *La hiérarchie des vices dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, GOURDOU Jean (dir.), Mémoire de recherche, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2019, Prix 2019 du meilleur mémoire de M2 organisé par l'AFDA.

SAGNIER Pierre-Yves, *Le juge administratif et l'économie des moyens*, CARTON Olivier (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université de Lille, 2019.

SANDEVOIR Pierre, *Études sur le recours de pleine juridiction : l'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative*, thèse de doctorat, droit public, Faculté de droit de Lille, 1962, publiée chez LGDJ.

SAUSSEREAU Mathilde, *Les classifications des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir : essai d'analyse critique*, TIMSIT Gérard (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université Paris 1, 2002.

SIBIRIL Katy, *La notion d'intérêt en droit administratif français*, DOAT Mathieu (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université de Bretagne occidentale, 2012.

TESTARD Christophe, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, CAUDAL Sylvie (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université de Lyon, 2016, publiée chez LGDJ.

III.- RAPPORTS

ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport n° 2095 de M. **Etienne BLANC**, fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, sur la proposition de loi de M. Jean-Luc WARSMANN (n° 1890) de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, déposé le 24 novembre 2009.

CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public annuel de 1991*, La documentation française, 1992.

CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public annuel de 2005*, La documentation française, 2006.

CONSEIL D'ÉTAT, *Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets*, La documentation française, 2014.

CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public annuel 2019*, La documentation française, 2020.

LABETOULLE Daniel (dir.), Rapport « Construction et droit au recours : pour un meilleur équilibre », 2013.

WARSMANN Jean-Luc, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, La documentation française, 2009, 240 p.

IV.- ARTICLES, CONTRIBUTIONS ET FASCICULES

AGUILA Yann, « Le traitement contentieux des vices de procédure en droit administratif français », in *Droit comparé de la procédure administrative*, Bruylant, 2016, pp. 871 et suiv.

AGUILA Yann, « Vers un référé pré-décisionnel ? Pour un traitement préventif des vices de procédure « tant qu'il est encore temps » », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Stirn*, 2019, pp. 7 et suiv.

AUBY Jean-Bernard, « La bataille de San Romano : réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, 2001, p. 912.

AUBY Jean-Bernard, « Conclusion en forme d'hypothèses », in AUBY Jean-Bernard (dir.), *Le future du droit administratif. The future of administrative law*, LexisNexis, 2019, pp. 563 et suiv.

ALHAMA Frédéric, « Précisions sur la demande en appréciation de régularité », *AJDA*, 2019, p. 330.

BACHERT Audrey, « La régularisation des actes administratifs », *RDP*, 2019, p. 3.

BAILLEUL David, « Vers la fin des moyens nouveaux en REP ? », *Dr. Adm.*, 4/2008, étude n°9.

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

BERNARD Michel, « Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ? », *AJDA*, 1995, p. 190.

BEZZINA Anne-Charlène, « 2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence *AC!* », *RFDA*, 2014, p. 735.

BLANCO Florent, « Entre l'annulation et la conservation de l'acte », in PONTIER Jean-Marie (dir.), *Les états intermédiaires en droit administratif*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, pp. 143 et suiv.

BONNEAU Thierry, DORSNER-DOLIVET Annick, « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *Dalloz- Sirey*, 1986, Chronique VIII, pp. 59 et suiv.

BOUILLON Henri, « Pour une subjectivisation de l'annulation partielle des actes administratifs unilatéraux », *AJDA*, 2017, p. 217.

BOUILLON Henri, « La régularisation d'un acte administratif après annulation conditionnelle : une technique en gestation », *AJDA*, 2018, p. 142.

BRAIBANT Guy, FOURNIER Jacques, « La notion de cause dans le contentieux de la légalité », *AJDA*, 1956, p. 224.

BRECHOT François-Xavier, « Pouvoir d'injonction et économie de moyens : une évolution qui se fait attendre », *AJDA*, 2018, p. 398.

BRETONNEAU Aurélie, DOMINO Xavier, « Le vice, mode d'emploi », *AJDA*, 2012, p. 195.

BUI-XAN Olivia, « Faveur et tour extérieur », in GUGLIELMI Gilles (dir.), *La faveur et le droit*, PUF, 2009, pp. 227 et suiv.

CASSIA Paul, « Moyens fondés sur une cause juridique nouvelle », in BONICHOT Jean-Claude, CASSIA Paul, POUJADE Bernard, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, 7^e éd., Dalloz, 2020, pp. 1074 et suiv.

CAZIN Bernard, « Dossier 280- L'exécution du jugement », *Dalloz professionnels*, Pratique du contentieux administratif, 2014, actualisé en 2020.

CHABANOL Daniel, « Le jour où l'histoire de la juridiction administrative a basculé. La décision de rattacher au Conseil d'État la gestion des membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel », in Mélanges en l'honneur de Marceau Long, *Le service public*, Dalloz, 2016, pp. 111 et suiv.

CHAISEMARTIN Arnaud (de), « De Dame Lamotte à Danthony : le principe de légalité est-il encore d'intérêt général ? », in Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, Dalloz, 2015, pp. 115 et suiv.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « La citoyenneté administrative », in GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice, YOLKA Philippe (dir.), *Traité de droit administratif*, t. II, Dalloz, 2011, pp. 397 et suiv.

CHAPUS René, « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », in *Études et documents du Conseil d'État*, 1978, pp. 62 et suiv.

CHAUVAUX Didier, GIRARDOT Thierry-Xavier, « Précision quant à l'office du juge de l'injonction », *AJDA*, 1997, p. 584.

CORBEL Michel-Pierre, « L'annulation partielle des actes administratifs », *AJDA*, 1972, p. 139.

CORNU Gérard, « Les définitions dans la loi », in GEMAR Jean-Claude (dir.), *Langage du droit et traduction : essais de jurilinguistique*, Broché, 1982, pp. 17 et suiv.

COURREGES Anne, STAHL Jacques-Henri, « La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse – Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux », *RFDA*, 2004, p. 438.

DEFOORT Benjamin, « Les paradoxes du contentieux des actes administratifs unilatéraux : à propos de quelques arrêts récents », *RFDA*, 2018, p. 1071.

DELVOLE Pierre, « Droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif », in Association française pour la recherche en droit administratif, *Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis, 2011, pp. 3 et suiv.

DELVOLVE Pierre, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires – Des arguments pour ? », *RFDA*, 2018, p. 665.

DENIZOT Arthur, « L'immutabilité de l'instance en contentieux administratif : un principe de procédure civile acclimaté aux spécificités du procès administratif », *RFDA*, 2018, p. 99.

DESFONDS Laurence, « La notion de mesure préparatoire en droit administratif français », *AJDA*, 2003, p. 12.

DIEU Frédéric, « La règle de l'économie de moyens doit-elle paralyser le pouvoir d'injonction du juge administratif ? », *AJDA*, 2009, p. 1082.

DOMINO Xavier, STAHL Jacques-Henri, « Injonctions : le juge administratif face aux réalités », *AJDA*, 2011, p. 2226.

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

DUMONT Gilles, « La loi ESSOC, révolution ou involution ? », *AJDA*, 2018, p. 1815.

DURKHEIM Émile, MAUSS Marcel, « De quelques formes primitives de la classification : contribution à l'étude des représentations collectives », in MAUSS Marcel (dir.), *Essais de sociologie*, Seuil, 1971, pp. 162 et suiv.

DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis, ODINET Guillaume, « La régularisation, nouvelle frontière de l'excès de pouvoir ? », *AJDA*, 2016, p. 1859.

EISENMAN Charles, « Le droit administratif et le principe de légalité », in *Études et Documents du Conseil d'État*, 1957, pp. 25 et suiv.

EVEILLARD Gweltaz, « La limitation du contrôle de la légalité externe des actes réglementaires », *Dr. Adm.*, 2018, n° 10, comm. 45.

FEILHES Louis, « Le concept d'opération complexe », *RFDA*, 2020, p. 39.

FERRARI Pierre, « Essai sur la notion de co-auteurs d'un acte unilatéral en droit administratif français », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, 1975, Cujas, pp. 215 et suiv.

FRANK Alexis, « Les irrégularités neutralisées », *RFDA*, 2019, p. 785.

FRICERO Natalie, « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », in Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin, *Principes de justice*, Dalloz, 2008, pp. 199 et suiv.

FRIER Pierre-Laurent, « Assimilation du vice de procédure à une incompétence », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2004, actualisé en 2014.

GAZIER François, « Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir », in *Études et Documents du Conseil d'État*, 1951, p. 77.

GENEVOIS Bruno, « A quelle date apprécier la légalité d'un acte administratif dans le contentieux de l'excès de pouvoir ? Le problème général », *RFDA*, 2020, 457.

GIRARDOT Thierry Xavier, RAYNAUD Fabien, « Régime du retrait des actes administratifs individuels créateurs de droit », *AJDA*, 1997, p. 936.

GIRARDOT Thierry-Xavier, RAYNAUD Fabien, « Conséquences d'une décision d'annulation sur les actes créateurs de droit proches de la décision annulée », *AJDA*, 1997, p. 952.

GRAND D'ESNON Jenny, « Quel office du juge de l'injonction dans le cadre de l'article L. 911-1 du code de justice administrative ? », *AJDA*, 2010, p. 36.

GULLIEN Raymond, « Essai sur une réforme générale du contentieux administratif », *Dalloz*, 1955, p. 97.

HEINIS Marc, « Le défi de qualité », *AJDA*, 2007, p. 713.

HOSTIOU René, « Préface », in DUPUIS Georges, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral*, thèse de doctorat, droit public, Rennes 1, 1970, publié chez LGDJ, pp. IV et suiv.

HOSTIOU René, « Chronique d'urbanisme, environnement, expropriation », *Revue juridique de l'Ouest*, 1991, pp. 531 et suiv.

HOSTIOU René, « La demande en appréciation de la légalité externe de décisions à caractère non réglementaire », *RDI*, 2019, p. 205.

JANICOT Laëtitia, « Les silences du jugement », *RDP*, 2012, p. 1064.

JANICOT Laëtitia, ROTOULLIE Jean-Charles, « La demande en appréciation de régularité d'une décision administrative », *RFDA*, 2018, p. 821.

JEZE Gaston, « Exposé critique d'une théorie en faveur au Conseil d'État sur la classification des recours contentieux en recours en annulation et en recours de plein contentieux », *RDP*, 1908, p. 671.

KOLBERT Éric, « Notion de cause de la demande et notion de moyen », *AJDA*, 1999, p. 448.

LABETOULLE Daniel, « Principe de légalité et principe de sécurité juridique », in *L'État de droit : mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, pp. 403 et suiv.

LABETOULLE Daniel, « Le vice de procédure, parent pauvre de l'évolution du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, pp. 479 et suiv.

LABETOULLE Daniel, « Bande à part ou éclairer », *AJDA*, 2013, p. 1897.

LAMPUE Pierre, « Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XXe siècle », *RISA*, 1954, p. 359.

LANGELIER Élise, VIROT-LANDAIS Aurélie, « Mérites et limites du recours à la régularisation des actes viciés », *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, n° 30-34, 2015, p. 2245.

LANGROD Georges, « Procédure administrative et droit administratif », *RDP*, 1948, p. 549.

LANTERO Caroline, « Sécurité juridique et mutation des annulations platoniques », *AJDA*, 2019, p. 1100.

LE BOT Olivier, « Le recours en appréciation de régularité respecte-t-il le droit à un recours juridictionnel effectif ? », *Constitutions*, 2019, p. 377.

LEGRAND André, « Incompétences », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2001.

LEPETIT-COLLIN Hélène, PERRIN Alix, « La distinction des recours contentieux en matière administrative », *RFDA*, 2011, p. 813.

MALHIÈRE Fanny, « Énoncer – Les méthodes de rédaction des décisions de justice en droit administratif », in Association française pour la recherche en droit administratif, *Les méthodes en droit administratif*, Dalloz, 2018, pp. 57 et suiv.

MAMOUDY Olga, « La demande en appréciation de régularité : une « purge juridictionnelle » à l'avenir incertain », *AJDA*, 2018, p. 1821.

MAMOUDY Olga, « Sécurité juridique et hiérarchie des illégalités dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *AJDA*, 2019, p. 1108.

MELLERAY Fabrice, « L'étendue de l'autorité de chose jugée des déclarations d'illégalité d'actes administratifs opérées par le juge administratif », *AJDA*, 2004, p. 138.

MELLERAY Fabrice, « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2007.

MELLERAY Fabrice, « Requiem pour le vice de procédure ? », *AJDA*, 2018, p. 1241.

MESTRE Jean-Louis, « L'arrêt *Landrin*, acte de naissance du recours pour excès de pouvoir ? », *RFDA*, 2003, p. 211.

MILANO Laure, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *RFDA*, 2014, p. 1119.

MULIER Thibaud, « Déclin du contrôle de légalité externe des actes administratifs unilatéraux », *RDP*, 2019, p. 179.

NICOLAS Charline, ROUSSEL Sophie, « Documents d'urbanisme : régulariser à tout prix », *AJDA*, 2018, p. 272.

PAULIAT Hélène, « Le formalisme des décisions administratives », *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, n° 23, 2020, p. 2162.

PEANO Didier, « Fasc. 1150 : Recours pour excès de pouvoir.- Contrôle de la légalité externe », *JCl. Adm.*, LexisNexis, 2006.

PERROUD Thomas, « Peut-on sortir par le haut de l'arrêt *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT* ? Pour un référé pré-décisionnel », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 2241.

PLESSIX Benoit, « Ce besoin animal de sécurité », *Dr. Adm.*, n° 1, 2018, repère 1.

RASSON Anne, « La valeur de la distinction entre autorité absolue et autorité relative de la chose jugée », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2012, p. 593.

RENAULT Thérèse, « Quelle critique des juges administratifs ? », *Délibérée*, 2017/1 (n°1), pp. 33-37.

RIVERO Jean, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.*, 1962, p. 37.

ROTOUILLE Jean-Charles, « Le contentieux environnemental », *AJDA*, 2020, p. 209.

ROUSSEL Florian, « La jurisprudence *Société Eden*, un an après », *AJDA*, 2020, p. 868.

SAGNIER Pierre-Yves, « Le requérant, le juge et la hiérarchie des demandes », *RFDA*, 2019, p. 293.

SAUSSEREAU Mathilde, « La cause de la demande a-t-elle encore sa place en contentieux administratif ? », *RDP*, 2003, p. 631.

SEILLER Bertrand, « L'illégalité sans l'annulation », *AJDA*, 2004, p. 963.

SEILLER Bertrand, « L'illégalité externe, commode bouc émissaire », *AJDA*, 2012, p. 1609.

SEILLER Bertrand, « L'administrateur éclairé. La procédure administrative non contentieuse selon Gérando », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, 2013, p. 425.

SEILLER Bertrand, « Acte administratif : régime – substance », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2015, actualisé en 2020.

SEILLER Bertrand, « Acte administratif et norme ... Art. 1^{er} – Acte administratif unilatéral décisoire », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2015, actualité en 2020.

SEILLER Bertrand, « Pour un État au service d'une société de confiance : présentation », *RFDA*, 2018, p. 809.

SEILLER Bertrand, « Les décisions régularisées », *RFDA*, 2019, p. 791.

SIRINELLI Jean, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA*, 2016, p. 529.

TCHEN Vincent, « Fasc. 108-10 : Exécution de l'acte administratif », *JCl. Admin.*, LexisNexis, 2013, actualisé en 2014.

THIELE Renaud, « Annulations partielles et annulations conditionnelles », *AJDA*, 2015, p. 1357.

TRUCHET Didier, « La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire ? », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2002, pp. 441 et suiv.

TRUCHET Didier, « Office du juge et distinction des contentieux : renoncer aux « branches » », *RFDA*, 2015, p. 657.

VEDEL Georges, « Préface », in CALOGEROPOULOS André, *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, thèse de doctorat, droit public, Université Paris II, publiée chez LGDJ, 1983, pp. I et suiv.

WALINE Marcel, « Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », *Études et Documents du Conseil d'État*, 1956, p. 25.

WALINE Marcel, « Préface de la première édition », in FAVOREU Louis, PHILIP Loïc (créateur), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 17^e éd., Dalloz, 2013, pp. XI et suiv.

WOEHLING Jean-Marie, « Un aspect méconnu de la gestion administrative : la régularisation des procédures et décisions illégales », *Revue française d'administration publique*, 2004/3, n° 111, p. 533.

ZARCA Alexis, « Les limites du pouvoir d'injonction », *RFDA*, 2015, p. 615.

V. CONCLUSIONS

BRETONNEAU Aurélie, concl. sur CE, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, n° 414583, publié au recueil Lebon.

CHAUVAUX Didier, concl. sur CE, 28 février 2001, *MM. Philippart et Lesage*, n° 230112 & 230520, publié au recueil Lebon.

DACOSTA Bertrand, concl. sur CE, 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n° 305420, publié au recueil Lebon.

DAUMAS Vincent, concl. sur CE, sect., 1 juillet 2016, *Commune d'Émerainville*, n° 363047, publié au recueil Lebon.

DUMORTIER Gaëlle, concl. sur CE, 23 décembre 2011, *Danthony*, n° 335033, publié au recueil Lebon.

DUTHEILLET DE LAMOTHE, concl. sur CE, 5 juillet 2019, *Fédération française du transport de personnes*, n° 413040, publié au recueil Lebon.

GUYOMAR Mattias, concl. sur CE, sect., 31 octobre 2008, *Section française de l'Observatoire International des Prisons*, n° 293785, publié au recueil Lebon.

KAHN Jean, concl. sur CE, 23 mars 1956, *Dame Veuve Ginestet*, n° 3587, Rec. p. 141.

KHAN Jean, concl. sur CE, ass., 12 décembre 1969, *Sieur de Talleyrand-Périgord*, n° 73969, publié au recueil Lebon.

ROUSSEL Sophie, concl. sur CE, sect., 21 décembre 2018, *Sté EDEN*, n° 409678, publié au recueil Lebon.

VI.- JURISPRUDENCES

A/ Décision du Conseil constitutionnel

CC, 28 juin 2019, n° 2019-794 QPC, *Union syndicale des magistrats administratifs et autre*, publiée au *JORF* n° 0149 du 29 juin 2019.

B/ Jurisprudences administratives

CE, 16 mai 1924, *Jourda de Vaux c/ Ministre de la Guerre*, n° 82824, Rec., p. 483.

CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, n° 88369, publié au recueil Lebon.

CE, 30 mars 1927, *Poli*, n° 97616, publié au recueil Lebon.

CE, sect., 9 décembre 1932, *Laurent*, n° 10475, publié au recueil Lebon.

CE, 13 juin 1936, *Ministre des PTT*, Rec., p. 647.

CE, 29 février 1952, *Kagan*, Rec., p. 143.

CE, 21 janvier 1953, *Cail*, n° 91661, publié aux tables du recueil Lebon.

CE, sect., 20 février 1953, *Sté Intercopie*, n° 9772, Rec., p. 88.

CE, 1^{er} juin 1953, *Vasnier*, Rec., p. 254.

CE, ass., 15 juillet 1954, *Sté des aciéries et forges de Saint-François*, Rec., p. 482.

CE, 21 janvier 1955, *Muller*, Rec., p. 41.

CE, 25 juin 1958, *Bilger*, publié au recueil Lebon.

CE, 14 novembre 1958, *Ponard*, n° 35399, publié au recueil Lebon.

CE, sect., 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, n° 92099, publié au recueil Lebon.

CE, sect., 27 janvier 1961, *Daunizeau*, n° 46910 & autres, publiée au recueil Lebon.

CE, 15 février 1961, *Sieur Alfred Joseph*, n° 45572, publié au recueil Lebon.

CE, 21 mars 1961, *Simonet*, Rec., p. 211.

CE, 22 juin 1963, *Albert*, n° 51115, publié au recueil Lebon.

CE, 27 octobre 1965, *Blagny*, Rec., p. 559.

CE, ass., 12 janvier 1968, *Dame Perrot*, n° 70951, publié au recueil Lebon.

CE, 20 mars 1968, *Dame Veuve Guillaume*, n° 70371, mentionné aux tables du recueil Lebon.

CE, sect., 8 novembre 1968, *Menez*, n° 72371, publié au recueil Lebon.

CE, 29 janvier 1969, *Dame Veuve Chanebout*, n° 66080, publié au recueil Lebon.

CE, ass., 18 avril 1969, *Meunié*, n° 72251, publié au recueil Lebon.

CE, 5 mai 1971, *Préfet de la Seine*, n° 75655, publié au recueil Lebon.

CE, ass., 7 mars 1975, *Association des amis de l'abbaye de Fontevraud*, n° 89011, publié au recueil Lebon.

CE, sect., 19 mars 1976, *Ministre de l'économie c/ Bonnebaigt*, n° 98266, publié au recueil Lebon.

CE, ass., 3 mars 1978, *Soubourou*, n° 01421, publié au recueil Lebon.

CE, 22 mars 1978, *Groupement foncier agricole des Cinq Ponts*, n° 01713, mentionné aux tables du recueil Lebon.

CE, 9 juin 1978, *Société civile immobilière du ...*, n° 02403, publié au recueil Lebon.

CE, 11 janvier 1980, *Laveau*, n° 10680, publié au recueil Lebon.

CE, 14 novembre 1980, *Union départementale des syndicats CFDT du Tarn*, n° 17172, publié au recueil Lebon.

CE, 30 janvier 1981, *Syndicat national unifié des auto-prothésistes*, n° 12432, publié au recueil Lebon.

CE, ass. 15 mai 1981, *Maurice*, n° 33041, publié au recueil Lebon.

CE, 5 juin 1981, *Layani*, n° 23721, inédit au recueil Lebon.

CE, ass., 20 novembre 1981, *Association pour la protection de la vallée de l'Ubaye*, n° 20710, publié au recueil Lebon.

CE, ass., 2 juillet 1982, *M. Huglo*, n° 25288 & 25323, publié au recueil Lebon.

CE, sect., 28 septembre 1983, *Mme Saurin*, n° 41008, publiée au recueil Lebon.

CE, 21 juillet 1989, *Association des médecins pour le respect de la vie*, n° 98889, publié au recueil Lebon.

CE, 6 décembre 1991, *M. Joël C et Syndicat national des personnels de l'éducation surveillée*, n° 94201 & 99223, publié au recueil Lebon.

CE, 10 janvier 1992, *Association des usagers de l'eau de Peyreleau*, n° 97476, publié au recueil Lebon.

CE, 9 décembre 1992, *Richert*, n° 90058, mentionné aux tables du recueil Lebon.

CE, 4 février 1994, *Ministre de l'éducation nationale c/ SGEN-CFDT-93*, n° 116323, publié aux tables du recueil Lebon.

CE, 21 novembre 1994, *M. Guang Y... LI*, n° 147199, inédit au recueil Lebon.

CE, 9 décembre 1994, *SARL Séri*, n° 116447, mentionné aux tables du recueil Lebon.

CE, 30 juillet 1997, *Confédération nationale de la production française des vins doux naturels d'appellation d'origine contrôlée*, n° 147826, publié au recueil Lebon.

CE, ass., 3 juillet 1998, *Syndicat national de l'environnement CFDT*, n° 177248 et autres, publié au recueil Lebon.

CE, 23 février 2000, *Syndicat national CGT du Ministère des affaires étrangères*, n° 205261, mentionné aux tables du recueil Lebon.

CE, 28 juillet 2000, *Association du « collectif pour la gratuité contre le racket »*, n° 202798 & n° 202872, publié au recueil Lebon.

CE, 27 juillet 2001, *Titran*, n° 222509, publié au recueil Lebon.

CE, ass., 28 juin 2002, *Ministre de la justice c/ Magiera*, n° 239575, publié au recueil Lebon.

CE, sect., 13 décembre 2002, *Morez*, n° 243109, publié au recueil Lebon.

CE, 28 novembre 2003, *Mme Aïcha X*, n° 249389, mentionné aux tables du recueil Lebon.

CE, 3 décembre 2003, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports*, n° 232574, publié au recueil Lebon.

CE, sect., 3 décembre 2003, *Préfet de la Seine-maritime c/ El-Bahi*, n° 240267, publié au recueil Lebon.

CE, 2 février 2004, *SCI La Fontaine de Villiers*, n° 238313 & 238315, mentionné aux tables du recueil Lebon.

CE, sect., 6 février 2004, *Mme Fatima Hallal*, n° 240560, publié au recueil Lebon.

CE, ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, n° 255886, publié au recueil Lebon.

CE, 23 juin 2004, *Sté Laboratoires Genevrier*, n° 257797, publié au recueil Lebon.

CE, 25 juillet 2007, *SA SAUR France*, n° 285720, inédite au recueil Lebon.

CE, sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n° 305420, publié au recueil Lebon.

CE, 19 décembre 2008, *M. Emmanuel A.*, n° 312553, publié au recueil Lebon.

CE, ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802, publié au recueil Lebon.

CE, 8 juillet 2009, *Commune de SAINT-DIE-DES-VOSGES*, n° 314236, publié au recueil Lebon.

CE, 24 juillet 2009, *CRIIGEN*, n° 305314, publié au recueil Lebon.

CE, 24 juillet 2009, *CRIIGEN*, n° 305315, inédit au recueil Lebon.

CE, 4 novembre 2009, *Département de la Haute-Saône*, n° 326935, inédit au recueil Lebon.

CE, 28 décembre 2009, *Syndicat de la magistrature*, n° 312314, mentionné aux tables du recueil Lebon.

CE, 7 avril 2010, *Laboratoire Pasteur Cerba*, n° 325883, publié aux tables du recueil Lebon.

CE, 12 mai 2010, *Comité central d'entreprise de l'UNEDIC*, n° 323325, mentionné aux tables du recueil Lebon.

CE, 30 décembre 2010, *M. A...B...*, n° 329513, publié au recueil Lebon.

CE, 5 octobre 2011, *Commune de Mauguio*, n° 326310, inédite au recueil Lebon.

CE, sect., 14 octobre 2011, *Commune de Valmeinier et Syndicat mixte des Islettes*, n° 320371, publié au recueil Lebon.

CE, ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n° 335033, publié au recueil Lebon.

CE, ass., 23 décembre 2013, *Sté M6*, n° 363702, publié au recueil Lebon.

CE, 28 mars 2012, *CGPME*, n° 341067, mentionné aux tables du recueil Lebon

CE, 12 décembre 2012, *Communauté de communes Lodévois et Larzac*, n° 342175, publié au recueil Lebon.

CE, 17 juillet 2013, *Syndicat national des professionnels de santé au travail*, n° 358109, publié au recueil Lebon.

CE, 27 novembre 2013, *Association Bois-Guillaume Réflexion*, n° 358765, mentionné aux tables du recueil Lebon.

CE, sect., 30 décembre 2013, *Mme Okosun*, n° 367615, publié au recueil Lebon.

CE, 4 avril 2014, ass., *Département du Tarn-et-Garonne*, n° 358994, publié au recueil Lebon.

CE, 25 novembre 2015, *Fondation Jérôme Lejeune*, n° 370610, mentionné aux tables du recueil Lebon.

CE, 7 décembre 2016, *Caisse d'assurance retraite et de santé au travail d'Aquitaine*, n°386304, mentionné aux tables du recueil Lebon.

CE, sect., 16 décembre 2016, *Mme B. A.*, n° 389642, publié au recueil Lebon.

CE, ass., 19 juillet 2017, *Association nationale des opérateurs détaillants d'énergie*, n° 370321, publié au recueil Lebon.

CE, 22 février 2017, *Mme E. C. et autres*, n° 392998, publié au recueil Lebon.

CE, avis, ass., 23 novembre 2017, *Projet de loi pour un État au service d'une société de confiance*, n° 393744.

CE, 13 décembre 2017, *Président du Sénat*, n° 411788, publié au recueil Lebon.

CE, 6 avril 2018, *Association NARTECS*, n° 402714, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

CE, ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, n° 414583, publié au recueil Lebon.

CE, 25 juin 2018, *Sté hospitalière d'assurances mutuelles*, n° 417734, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

CE, 9 novembre 2018, *Confédération nationale des syndicats dentaires*, n° 411816, mentionné aux tables du recueil Lebon.

CE, 12 décembre 2018, *SCEA du château de Montel*, n° 409449, inédit au recueil Lebon.

CE, sect., 21 décembre 2018, *Sté Eden*, n° 409678, publié au recueil Lebon.

CE, 13 février 2019, *Sté active immobilier*, n° 425568, mentionné aux tables du recueil Lebon.

CE, 5 avril 2019, *Sté Mandataires judiciaires associés et autres*, n° 413712, publié au recueil Lebon.

CE, 5 juillet 2019, *Fédération française du transport de personnes*, n° 413040, publié au recueil Lebon.

CE, 2 décembre 2019, *Syndicat national Solidaires Finances publiques*, n° 415979, inédit au recueil Lebon.

CE, 07 février 2020, *Commune de Chesnay-Rocquencourt*, n° 434785, inédite au recueil Lebon.

CE, 12 février 2020, *M. G et autres*, n° 425401, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

C/ Jurisprudences judiciaires

Cass., ass. plén., 7 juillet 2006, Bull. n°8, p. 21.

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	6
LISTES DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	8
REMERCIEMENTS	10
Introduction	12
§1. La justification de l'intérêt de la recherche	14
A/ La volonté d'une analyse globale de la légalité externe	14
B/ La volonté d'un dépassement du constat et de l'analyse	16
§2. La justification de l'objet de la recherche	17
A/ L'existence de similarités ailleurs	17
B/ La préférence pour la légalité externe dans le contentieux de l'excès de pouvoir	18
§3. La méthode adoptée	20
 Chapitre 1. La légalité externe altérée : l'évidence d'un déclin	 22
 Section 1.- Une perte de sens de la cause juridique	 23
§1. Un prétexte obsolète : l'immutabilité de l'instance	25
A/ L'apparition de la cause juridique avant tout comme remède à un besoin pratique	25
1) La raison non assumée : endiguer l'engorgement du Conseil d'État	25
2) Le choix controversé de la structuration des moyens en deux causes juridiques	27
a- L'atteinte portée au caractère objectif du REP	28
b- Une structuration révélant une dénaturation	29
B/ La persistance dénuée d'intérêt pratique de la cause juridique	31
1) Le contournement exogène de l'obstacle cause juridique	32
2) Le contournement endogène de l'obstacle cause juridique	34
§2. Une justification ambivalente : l'autorité de la chose jugée	36
A/ L'autorité relative de chose jugée, plaidoyer en faveur de la cause	37
B/ L'effet utile de l'autorité absolue de chose jugée, facteur de distorsion des causes juridiques au détriment de la légalité externe	38
1) La pratique de l'économie de moyen, réel facteur de distorsion	39
2) Vers une objectivisation d'une hiérarchie des causes juridiques ?	41
a- Un refus affirmé par la dépendance du juge aux demandes du requérant	42

i.	Une distorsion résultant d'une demande d'injonction du requérant	42
ii.	Une distorsion résultant de la volonté expresse du requérant.....	45
b-	<i>Le renouvellement de l'office du juge, premier pas vers une objectivisation d'une hiérarchie des causes</i>	46

Section 2.- Une perte de cohérence au sein de la cause juridique 49

§1. Une dissonance au stade de l'examen des moyens de légalité externe..... 49

A/ Une différenciation systématisée..... 50

1)	Les instruments de la différenciation	50
a-	<i>Le relevé d'office</i>	50
b-	<i>Le critère du vice substantiel</i>	52
i.	La clarification pernicieuse du critère par la jurisprudence Danthony	52
ii.	Une clarification révélant une ambiguïté du rattachement du vice de procédure à la légalité externe.....	56
iii.	Une clarification confirmant la subjectivisation du recours pour excès de pouvoir	57
2)	Les conséquences de l'utilisation d'instruments de différenciation.....	59
a-	<i>La légalité externe différenciée : entre constatation et appréciation</i>	59
b-	<i>La hiérarchie des moyens de légalité externe en fonction de la gravité de l'irrégularité commise</i>	61

B/ Une systématisation différenciée 63

1)	Le relevé d'office, instrument d'application variable et non exclusive	63
a.	<i>L'utilisation non systématique du relevé d'office</i>	63
b.	<i>Le relevé d'office applicable à certains vices de procédure</i>	65
2)	Le critère du vice substantiel, instrument d'application éphémère et extensible	67
a-	<i>L'absence de contrôle du vice de procédure par voie d'exception : vers une disparition du vice de procédure ?</i>	68
b-	<i>Le maniement imperceptible du critère aux vices de forme</i>	70

§2. Une dissonance au stade de la sanction des moyens de légalité externe..... 72

A/ Une différenciation impossible à systématiser 73

1)	Une diversité de sanctions perméable à tous les moyens de légalité externe.....	74
a-	<i>De nouvelles sanctions anti-dirimantes</i>	74
b-	<i>De nouvelles sanctions applicables à l'incompétence, aux vices de procédure et de forme</i>	77
2)	Des sanctions appliquées de façon casuistique	79
a-	<i>Des sanctions cantonnées à des contentieux particuliers</i>	79
b-	<i>Des sanctions à la discrétion du juge</i>	82

B/ Une différenciation pourtant réelle..... 84

1)	Des sanctions anti-dirimantes privilégiées pour le vice de procédure ou de forme	84
2)	Des sanctions anti-dirimantes sources d'éclatement de chacun des moyens de légalité externe	

a- Un éclatement de l'appréhension de la gravité d'une illégalité externe	86
b- Un éclatement du moyen d'incompétence	88

Chapitre II. La légalité externe revalorisable : vers une possible restructuration..... 92

Section 1.- Une revalorisation par une préservation de la légalité externe 93

§1. De l'instauration d'un référé pré-décisionnel (Y. Aguila)..... 94

A/ Une proposition attrayante à la mise en œuvre délicate 94

- | | |
|---|----|
| 1) Un référé permettant avant tout la revalorisation du vice de procédure..... | 94 |
| 2) La mise en garde contre une atteinte à l'efficacité administrative | 97 |
| a- L'importance du principe du privilège du préalable en droit administratif..... | 97 |
| b- La recherche nécessaire d'une conciliation..... | 99 |

B/ Une proposition en quête d'inspiration 102

- | | |
|--|-----|
| 1) La recherche d'inspiration dans le nouveau recours en appréciation de régularité issu de la loi ESSOC | 102 |
| a- Un recours expérimental, prémices à l'instauration d'un référé pré-décisionnel ? | 103 |
| b- Un recours favorisant fallacieusement le privilège du préalable | 105 |
| c- Un recours renouant avec une altération de la légalité externe | 108 |
| i. Un traitement différencié de la légalité externe..... | 108 |
| ii. L'apposition d'un brevet de légalité externe : un faux-semblant | 111 |
| 2) La recherche d'inspiration dans le référé précontractuel | 114 |
| a- Un référé alliant privilège du préalable et saisine a priori | 115 |
| b- Un référé toutefois restrictif..... | 117 |
| i. Une restriction des requérants potentiels..... | 117 |
| ii. Une restriction des moyens invocables | 118 |

§2. De l'admission d'une contestation des actes préparatoires 118

A/ Les réticences difficilement surmontables à une telle admission 119

- | | |
|--|-----|
| 1) Le nécessaire revirement jurisprudentiel pour contester les actes préparatoires | 119 |
| 2) Des difficultés à prévenir..... | 121 |

B/ La légalité externe préservée 122

Section 2.- Une revalorisation par un éclatement de la légalité externe. 124

§1. La reclassification des moyens à travers une restructuration du REP 125

A/ La méthode statique : le dédoublement..... 126

- | | |
|--|-----|
| 1) L'explication du dédoublement (F. Melleray) | 127 |
|--|-----|

a- <i>Le fondement du dédoublement : la distinction entre normes impersonnelles et personnelles</i>	127
b- <i>La mise en œuvre du dédoublement : la distinction entre l'action holiste et l'action individualiste</i>	129
2) Les effets incertains sur la légalité externe	130
a- <i>La légalité externe négligée dans l'action holiste ?</i>	131
b- <i>La légalité externe valorisée dans l'action individualiste ?</i>	131
B/ La méthode dynamique : la déclassification	133
1) Une déclassification pour une reclassification fondée sur la distinction entre les moyens d'ordre public et les moyens ordinaires	134
a- <i>Une proposition ancienne rejetée</i>	134
b- <i>Une proposition ravivée par l'appréhension d'une illégalité en fonction de sa gravité</i>	135
2) Une déclassification pour une reclassification fondée sur la distinction entre la légalité objective et la légalité subjective (M. Saussereau)	136
a- <i>L'explication de la distinction</i>	136
b- <i>La répartition des moyens de légalité externe entre légalité objective et légalité subjective</i>	138
§2. La reclassification des moyens à travers une restructuration plus globale du contentieux administratif	140
A/ L'idée de restructuration amorcée par une critique ancienne de la classification formelle	141
1) Les origines de la classification formelle	141
2) L'absence de fondement conceptuel	142
a- <i>Le fondement rejeté de Laferrière</i>	143
b- <i>L'amalgame entre fondement et critère</i>	144
B/ L'idée de restructuration rendue nécessaire par l'évolution de l'office du juge de l'excès de pouvoir	145
CONCLUSION	148
BIBLIOGRAPHIE	152
I.- MANUELS, OUVRAGES ET TRAITES	152
II.- THESES ET MEMOIRES	153
III.- RAPPORTS	155
IV.- ARTICLES, CONTRIBUTIONS ET FASCICULES	156
V. CONCLUSIONS	163
VI.- JURISPRUDENCES	163
TABLE DES MATIERES	171

