

**RFDA 2018 p.649****La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires<sup>(1)</sup>**

Conseil d'État, assemblée, 18 mai 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, n° 414583, Lebon<sup>(2)</sup> ; AJDA 2018. 1009<sup>(3)</sup> ; *ibid.* 1206<sup>(4)</sup>, chron. S. Roussel et Charline Nicolas<sup>(5)</sup>

Aurélie Bretonneau, Maître des requêtes au Conseil d'État, rapporteur public

Adapter l'office du juge de l'excès de pouvoir aux exigences du temps : c'est peu de dire que ce mot d'ordre, placé par la présidente de Silva en exergue de ses conclusions sur la décision *Hallal* <sup>(6)</sup>, a présidé aux destinées contentieuses du début du XXI<sup>e</sup> siècle. Ceux qui se sont essayé à une rétrospective critique de cette période, voire, pour les plus artistes, à un autoportrait du juge en son office à l'issue de celle-ci<sup>(7)</sup>, ont d'ailleurs dû rivaliser de formules choc - « habits neufs »<sup>(8)</sup>, « temps des mutations »<sup>(9)</sup>, « invitation à l'audace »<sup>(10)</sup>, « nouvelle frontière »<sup>(11)</sup> - pour décrire ou dépeindre la fièvre modernisatrice qui vous a saisis il y a deux décennies et qui, comme l'inscription directe de la présente affaire au rôle de l'assemblée du contentieux en témoignage, semble ne plus devoir vous quitter.

Pour certaines des décisions qu'il est devenu habituel de mobiliser comme illustration de cette dynamique - *Hallal* <sup>(12)</sup>, *El Bahi* <sup>(13)</sup>, *Danthony* <sup>(14)</sup> -, l'adaptation aux exigences du temps tient seulement, si l'on peut dire, à une volonté de coller aux aspirations de l'époque, devenue légitimement rétive aux annulations inutiles. Pour d'autres - *Titran* <sup>(15)</sup>, *Vassilikiotis* <sup>(16)</sup>, *Association AC !* <sup>(17)</sup> ou *Czabaj* <sup>(18)</sup> -, l'adaptation aux exigences du temps revêt une signification double, la modernisation du recours pour excès de pouvoir passant précisément par une prise en compte des effets de l'écoulement du temps sur la portée et l'opportunité, au regard du principe de sécurité juridique, d'une annulation contentieuse.

C'est à cette seconde catégorie de décisions que se rattache la question du jour. Il s'agit de décider si les irrégularités de forme et de procédure qui entachent un acte réglementaire, et qui seraient susceptibles d'entraîner son annulation s'il était attaqué dans le délai de recours contentieux, doivent demeurer utilement invocables à l'appui de contestations formées après l'expiration de ce délai - soit dans le cadre d'un recours contre le refus d'abroger l'acte réglementaire, soit par la voie d'une exception d'illégalité de cet acte, hypothèse à laquelle on doit rattacher la forme particulière qu'en sont les recours en appréciation de légalité formés sur invitation du juge judiciaire. Ou bien si, à l'inverse, il faut recentrer ces voies de contestation hors délai, perpétuellement ouvertes à l'encontre des actes réglementaires, sur la purge des seules illégalités de fond.

En vérité, la question ne se pose frontalement, dans la présente affaire, que s'agissant du refus d'abroger. L'acte réglementaire litigieux est un décret n° 2017-436 du 29 mars 2017 fixant la liste des emplois que les établissements publics administratifs peuvent pourvoir par recrutement de contractuels. La CGT (Confédération générale du travail) des services des ministères économiques et financiers et du Premier ministre, qui l'a directement attaqué dans le délai de recours, ne reproche à ce décret qu'une illégalité de fond : elle estime qu'en tant qu'il concerne l'Institut national de la propriété intellectuelle (INPI) - c'est dans cette mesure exclusive qu'elle l'attaque - il méconnaît les critères légaux ouvrant un droit dérogatoire au recrutement de contractuels. La CFDT Finances, qui a formé hors délai une demande d'abrogation pour l'avenir et attaqué le refus essuyé, ajoute à cette contestation de fond l'invocation, à l'encontre du décret, de deux vices de procédure : l'irrégulière consultation du Conseil supérieur de la fonction publique, qui aurait été saisi d'un texte incomplet, et une méconnaissance de l'interdiction dite du « tiers texte » à l'issue de la consultation obligatoire du Conseil d'État. Il n'est, en revanche, pas question d'exception d'illégalité.

Il a toutefois semblé souhaitable de soumettre à la section du contentieux, qui a instruit l'affaire sur le fondement du troisième alinéa de l'article R. 611-20 du code de justice administrative, puis à votre assemblée, la problématique dans son ensemble à l'occasion de ce litige, et ce pour deux raisons.

La première raison est que dans la mesure où elle se pose, c'est-à-dire dans le cadre du refus d'abroger un

acte réglementaire, la question du traitement à réserver aux moyens de procédure se présente de façon optimale. D'abord parce que les deux moyens invoqués ne sont pas « danthonysables », c'est-à-dire qu'ils entraîneraient, si les irrégularités qu'ils ciblent étaient avérées, le constat de l'illégalité du décret et l'injonction de l'abroger : c'est jugé pour la consultation du Conseil d'État<sup>(15)</sup> ; et nous n'avons pas de doute que la consultation complète du Conseil supérieur de la fonction publique doit constituer une garantie. Vous ne serez donc pas tentés de vous abriter derrière le paravent de la jurisprudence *Danthy* pour éviter la question de savoir s'il est encore temps de débattre de ces irrégularités une fois l'acte réglementaire devenu définitif. Ensuite parce que ces moyens sont de toute façon infondés : les modifications du texte après consultation du Conseil supérieur de la fonction publique n'ont pas entraîné de bouleversement justifiant une nouvelle saisine ; et cette version finale du texte correspond mot pour mot au projet, produit par le ministre, adopté par la section de l'administration du Conseil d'État. Vous pourrez donc raisonner à froid sur la question de leur opérance, sans qu'un éventuel revirement de jurisprudence puisse être perçu comme une réaction induite par une réticence d'espèce à constater l'illégalité externe du texte litigieux.

La seconde raison d'aborder de front les questions voisines de l'exception d'illégalité et du refus d'abroger, quitte à excéder le périmètre du litige, est la parenté qu'entretiennent ces deux questions. Plus exactement, il nous semble qu'une évolution de jurisprudence sur le refus d'abroger, dont vous avez à connaître, devrait *a fortiori* entraîner un ajustement similaire en matière d'exception d'illégalité. Pour vous le démontrer, il faut - il est bien temps - entrer dans le vif du sujet.

Si les demandes d'annulation d'actes réglementaires n'échappent pas au couperet du délai de recours<sup>(16)</sup>, si même l'apparition tardive au requérant de la portée véritable d'un acte réglementaire et de l'intérêt qu'il avait à l'attaquer n'est pas de nature à rouvrir ce délai de contestation directe<sup>(17)</sup>, la jurisprudence a, compte tenu de la nature particulière de ces actes, ouvert aux administrés deux sessions de rattrapage permettant d'en paralyser les effets une fois le délai expiré. La première voie est celle de l'exception d'illégalité, qui permet à tout administré de contester la légalité du règlement qui lui est appliqué, à l'occasion de l'application qui lui en est faite, sans que l'expiration du délai de recours direct contre ce règlement puisse lui être opposée<sup>(18)</sup>. Autrement dit et, contrairement à ce qui prévaut pour les actes non réglementaires, l'exception d'illégalité est perpétuellement invocable contre les règlements et permet d'obtenir, à défaut de leur annulation, du moins l'annulation subséquente des actes pris sur leur fondement. La seconde voie est celle de la demande d'abrogation qui peut être adressée à l'administration sous le contrôle du juge et qui permet à tout moment d'obtenir, en cas d'illégalité du règlement, certes pas son annulation rétroactive, mais sa disparition pour l'avenir.

Ces deux procédés obliques ont été conçus séparément et l'exception d'illégalité, que l'on fait généralement remonter à la décision *Sieur Avézard*<sup>(19)</sup>, jouit d'un sérieux droit d'aïnesse sur le contentieux de l'abrogation. Ils n'en procèdent pas moins d'une inspiration commune qui explique qu'ils se soient par la suite polis l'un l'autre, au point de finir par former les deux faces symétriques d'un même édifice harmonieux.

La faculté ouverte à toute personne ayant intérêt à la disparition d'un acte réglementaire d'en solliciter l'abrogation à tout moment trouve son origine, comme chacun sait, dans la décision *Despujol*<sup>(20)</sup>. N'étaient en cause que les actes réglementaires devenus illégaux à raison d'un changement de circonstances postérieur à leur édicton. L'idée formulée par l'arrêt *Despujol* était simple : si les circonstances de fait ou de droit valant fondement légal d'un acte réglementaire disparaissent, l'illégalité du règlement qui en résulte doit conduire à sa disparition. Le système inventé pour y parvenir était plus compliqué. Dans le cas où l'illégalité nouvelle procédait d'un changement dans les circonstances de fait, dont on sait qu'elles conditionnent la légalité, par exemple, des règlements de police<sup>(21)</sup>, les requérants étaient invités à saisir l'administration d'une demande de modification ou de suppression, et à déférer un éventuel refus au juge de l'excès de pouvoir, ne statuant que pour l'avenir. Mais dans le cas où survenait un changement dans les circonstances de droit, c'est-à-dire une « loi qui serait venue ultérieurement créer une situation juridique nouvelle », c'était un nouveau délai de recours de deux mois qui s'ouvrait aux administrés à compter de la publication de cette loi pour demander au juge l'annulation rétroactive du règlement ainsi fragilisé<sup>(22)</sup>.

Ce système, inventé à propos des règlements de police, a vu sans difficulté s'élargir son champ d'application matériel, d'abord, s'agissant des changements de circonstances de fait, aux arrêtés préfectoraux fixant le jour de fermeture hebdomadaire des magasins<sup>(23)</sup>, puis, avec un mode d'emploi restrictif, à la matière économique<sup>(24)</sup>, enfin à l'ensemble des « matières où l'administration dispose de pouvoirs étendus pour adapter son action à l'évolution des circonstances de fait »<sup>(25)</sup> et à la matière fiscale<sup>(26)</sup>. S'agissant des changements de circonstances de droit, la formule s'est plus lentement<sup>(27)</sup>, mais tout aussi sûrement imposée en toute matière ; elle s'est aussi simplifiée, la réouverture du délai de recours contre le règlement

disparaissant au profit d'une faculté de demander son abrogation à compter de la loi valant circonstance nouvelle<sup>(28)</sup>. Elle a alors contaminé l'exception d'illégalité : deux arrêts d'assemblée du 22 janvier 1982 ont jugé que « la juridiction compétente pour statuer sur l'exception tirée de l'illégalité d'un règlement peut être invitée à rechercher non seulement si ce règlement a été légalement pris (ce qui était le cas depuis l'arrêt *Avézar*), mais aussi s'il était resté légalement en vigueur à la date à laquelle il en a été fait application »<sup>(29)</sup>.

Plus chaotique a été l'élargissement du champ temporel de la jurisprudence *Despujol*, des seules illégalités nées d'un changement de circonstances aux illégalités entachant *ab initio* l'acte réglementaire. Cet élargissement a été consenti par une décision *Leboucher et Tarandon*<sup>(30)</sup>. Mais lorsqu'il a été proposé à la section du contentieux de le confirmer, cette dernière a refusé de suivre les conclusions de la présidente Hagelsteen et a réaffirmé l'impossibilité de demander, au-delà du délai de recours, l'abrogation d'un règlement illégal *ab initio*<sup>(31)</sup>. Ce n'est que par la décision *Compagnie Alitalia*<sup>(32)</sup>, et sous l'aiguillon insistant du décret du 28 novembre 1983, que cette remontée dans le temps a été solennellement consacrée sous la forme d'un principe jurisprudentiel de valeur législative<sup>(33)</sup>. Depuis, la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 l'a fait figurer à l'article 16-1 de la loi du 12 avril 2000, désormais codifié à l'article L. 243-2 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA). Or dans cet élargissement, c'est cette fois l'exception d'illégalité qui a joué : tant les conclusions annonciatrices de la présidente Hagelsteen que celles du commissaire du gouvernement Chahid Nourai sur l'arrêt *Alitalia* insistent sur le paradoxe à voir l'exception d'illégalité perpétuellement ouverte contre un règlement illégal dès l'origine, mais la possibilité d'en demander l'abrogation fermée après deux mois. Elles insistent en particulier sur l'inconvénient de l'exception d'illégalité au regard du principe d'égalité, puisque seuls les requérants suffisamment aguerris pour l'invoquer voient annulées les mesures leur appliquant la règle, sans que d'autres plus résignés puissent en bénéficier. Le contentieux du refus d'abroger - aussi surnommé « exception d'illégalité non contentieuse »<sup>(34)</sup> - est ainsi présenté comme le corollaire bienvenu de l'exception d'illégalité, permettant de conférer un effet universel au constat de l'illégalité d'un acte réglementaire, inatteignable dans le contentieux de l'annulation de ses mesures d'application. Cette coïncidence des finalités a d'ailleurs inspiré d'ingénieuses propositions d'agrégation des deux dispositifs, dans lesquelles, un peu à la manière d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), l'exception d'illégalité suffisamment sérieuse d'un acte réglementaire devrait être transmise à la juridiction normalement compétente pour l'annuler afin qu'elle décide si, indépendamment du sort à réserver au litige individuel, il ne convient pas de l'abroger *erga omnes* pour l'avenir<sup>(35)</sup>. La complémentarité des deux formules étant acquise, il était logique de délimiter leurs périmètres de la même façon.

Ce jeu de miroirs désormais savamment réglé forme un élégant écho à la jurisprudence *Ponard*<sup>(36)</sup> selon laquelle l'administration doit spontanément s'abstenir d'appliquer un règlement illégal, et à ses divers prolongements - absence d'illégalité à différer ou refuser l'application d'un règlement illégal<sup>(37)</sup>, absence d'annulation possible de l'abrogation d'un règlement illégal même reposant sur un motif erroné en droit<sup>(38)</sup>, ou n'ayant pas respecté les règles de compétence interne<sup>(39)</sup> ou de procédure<sup>(40)</sup> -, aucune de ces décisions ne distinguant selon que l'illégalité du règlement est initiale ou apparue au cours du temps.

En alignant consciemment la temporalité des illégalités invocables dans les mécanismes d'exception d'illégalité contentieuse et non contentieuse, la décision *Alitalia* a aussi, mais un peu moins consciemment, modifié la nature des illégalités invocables dans le contentieux du refus d'abroger. Tant que l'abrogation d'un acte réglementaire ne pouvait être obtenue que pour changement de circonstances, l'exercice ne concernait que des illégalités de fond : car la légalité externe d'un acte se cristallise à la date de son édicton<sup>(41)</sup>, ce dont il se déduit que l'intervention d'une règle nouvelle de procédure ne peut constituer un changement dans les circonstances de droit de nature à affecter la légalité d'un règlement<sup>(42)</sup>. Dès lors que la décision *Alitalia* a attiré les illégalités d'origine dans le contentieux du refus d'abroger, elle y a rendu possible la contestation de la légalité externe du règlement. À quatre reprises depuis *Alitalia*, vous avez d'ailleurs annulé le refus d'abroger un acte réglementaire au motif qu'il avait été irrégulièrement édicté<sup>(43)</sup>.

Cet élargissement était parfaitement logique, tant au regard de la volonté d'uniformiser exception d'illégalité et refus d'abroger, que de l'habitude que vous avez toujours eue de traiter uniformément tous les motifs d'illégalité d'un acte. Il n'en a pas moins quelques inconvénients.

Le premier inconvénient est commun au refus d'abroger et à l'exception d'illégalité. Il tient à la difficulté qu'il y a, longtemps après l'édition d'un acte réglementaire, à déterminer si la procédure en vigueur à la date de sa signature a été, à l'époque, parfaitement respectée. Le plus souvent, il reste possible de savoir, sur la foi des vises du texte, si une consultation obligatoire a ou non été faite ; la question de savoir si elle l'a régulièrement été - le texte soumis était-il le bon, la composition de la commission était-elle intrinsèquement

viciée, celle-ci a-t-elle disposé d'un délai utile pour se prononcer ? - est autrement plus difficile à résoudre. La jurisprudence *Danthony*, qui permet de centrer le débat sur certaines irrégularités décisives, constitue certes un garde-fou rassurant. Mais elle n'est pas évidente à faire jouer sur les irrégularités anciennes : à cet égard, on rappellera que son maniement suppose toujours une appréciation circonstanciée, y compris lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a eu « en l'espèce » privation d'une garantie, ce qui peut ne pas être le cas lorsque la formalité omise, en principe constitutive d'une garantie, a été remplacée dans les faits par des mesures d'effet équivalent<sup>44</sup>). Incapable d'effectuer cette appréciation s'agissant d'une procédure dont la mémoire est perdue, le juge est placé devant l'alternative, soit de faire mécaniquement droit au moyen d'irrégularité fautive que puisse être établie son absence de nocivité en l'espèce, ce qui n'est pas conforme à l'esprit de la jurisprudence, soit d'écarter le moyen fautive pour le requérant d'établir qu'il y a eu privation d'une garantie ou incidence potentielle sur le sens de la décision, ce qui procède d'un dévoiement des règles d'établissement des faits devant le juge de l'excès de pouvoir. Cette difficulté est un rappel utile de ce que les prescriptions et délais de recours sont conçus notamment pour « mettre les défendeurs potentiels à l'abri de plaintes tardives peut-être difficiles à contrer et empêcher l'injustice qui pourrait se produire si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur des événements survenus loin dans le passé à partir d'éléments de preuve auxquels on ne pourrait plus ajouter foi et qui seraient incomplets en raison du temps »<sup>45</sup>). La contestabilité perpétuelle des actes réglementaires bute sur cette difficulté s'agissant des irrégularités de forme et de procédure, qui, pour beaucoup, supposent la mobilisation d'éléments de preuve (même si le terme est impropre dans le contentieux de l'excès de pouvoir), problème qui ne trouve pas à se poser pour les irrégularités de fond dont l'établissement ne mobilise que des raisonnements de droit.

Le deuxième inconvénient concerne au premier chef l'exception d'illégalité. Il tient à des considérations de sécurité juridique. En théorie, l'ouverture perpétuelle de l'exception d'illégalité n'y porte pas atteinte, puisque ce mécanisme est impuissant à faire disparaître le règlement illégal. Il n'en entraîne pas moins l'annulation, rétroactive, des actes, le plus souvent individuels, parfois réglementaires pris sur son fondement. Et ils peuvent être nombreux, car bien que l'absence d'autorité absolue de chose jugée des déclarations d'illégalité<sup>46</sup> fasse obstacle à l'invalidation mécanique de l'ensemble des mesures d'application, on sait qu'en pratique, il n'est pas rare que de telles déclarations engendrent des séries contentieuses propres à faire tomber quantité de mesures. Or tandis que dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir classique contre l'acte réglementaire, vous êtes armés, avec la jurisprudence *AC !*, d'un outil de modulation des effets de l'annulation propre à préserver les effets passés de l'acte illégal, cette faculté ne peut pas jouer en cas d'exception d'illégalité, où la portée optiquement restreinte de chacun des litiges interdit au juge de regarder les conséquences de sa décision comme manifestement excessives. Le paradoxe en est que, face à une illégalité externe fraîchement commise, dont il est saisi par voie d'action dans le délai de recours, le juge peut, par une décision dotée de l'autorité absolue de la chose jugée, interdire qu'elle entraîne la remise en cause des mesures d'application de l'acte réglementaire ; mais que, tardivement saisi de la même illégalité par la voie de l'exception, il n'a pas d'autre choix, même si son caractère véniel est incommensurable à l'intérêt qui s'attache au maintien des effets passés du règlement, que de faire droit au recours.

Si le contentieux du refus d'abroger n'a pas les mêmes conséquences sur la sécurité juridique, puisqu'il n'entraîne aucune annulation rétroactive, ses effets sur la stabilité juridique ne doivent pas être négligés. Lorsque, en dépit du principe de mutabilité des actes réglementaires, l'administration fait le choix de maintenir un règlement dans l'ordonnement juridique, c'est parce que ce règlement est utile et produit des effets de droit. Son abrogation pour l'avenir produit donc elle aussi une forme de vide juridique, que l'administration éprouvera le besoin de combler. S'agissant d'une abrogation pour illégalité externe, elle résoudra le problème en reprenant le même acte sur le fond. Car ainsi que le relevait le président Kahn dans ses conclusions sur une décision *Dame Ginestet*<sup>47</sup>, l'illégalité externe se définit « 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 »<sup>48</sup>). Et bien qu'en pure théorie, la correction d'une formalité omise est susceptible de modifier l'appréciation du pouvoir réglementaire quant à l'opportunité de confirmer la règle, l'observation empirique pousse à avouer qu'en pratique, la faculté de reprendre l'acte sera presque toujours saisie. Si cette reprise est immédiate, l'effet du contentieux aura été platonique. Si elle est différée, il n'aura eu pour effet singulier que de créer une solution de continuité dans l'application de la règle temporairement éclip­sée.

Cela nous amène au troisième inconvénient de la possibilité d'invoquer à toute époque l'irrégularité de forme ou de procédure d'un acte réglementaire dans le cadre d'un contentieux du refus d'abroger. Il tient à sa mauvaise insertion dans l'économie générale de ce contentieux dont la marque distinctive est de se vouloir agile et consacré à une appréciation dynamique de la légalité. Né de la théorie du changement de circonstances et tout entier tourné vers l'avenir, le contentieux du refus d'abroger les actes réglementaires, bien que relevant de l'excès de pouvoir, s'est progressivement défini comme un outil injonctif, empruntant à

ce titre les attributs du plein contentieux. C'est parce que l'annulation de l'acte prétexte qu'est le refus d'abroger un règlement n'a d'autre portée utile que d'enjoindre à l'administration de procéder à cette abrogation pour l'avenir qu'un non-lieu est prononcé lorsque l'abrogation intervient en cours d'instance<sup>(49)</sup>, alors que l'abrogation n'est ni rétroactive ni définitive et même si l'acte initial produit des effets induits<sup>(50)</sup>, ce qui ne serait pas possible en excès de pouvoir classique<sup>(51)</sup> et constitue un emprunt au plein contentieux objectif<sup>(52)</sup>. C'est parce que son horizon naturel est le fond de la règle de droit qu'en revanche, le juge du refus d'abroger refuse de se laisser abuser par une disparition formelle de l'acte lorsque sa substance est en réalité maintenue<sup>(53)</sup>. C'est parce qu'il est indifférent au passé que ce même juge du refus d'abroger apprécie le bien-fondé des moyens compte tenu des modifications de l'état du droit depuis l'introduction de la requête<sup>(54)</sup>, et qu'il estime n'y avoir pas matière à abroger un règlement dont l'illégalité a été corrigée<sup>(55)</sup> ou effacée par un changement de circonstances<sup>(56)</sup>. C'est encore pour cette raison qu'il juge impossible de se prévaloir, à l'encontre du refus d'abroger un acte réglementaire, d'illégalités affectant les conditions de son entrée en vigueur (méconnaissance du principe de non-rétroactivité ou absence de mesures transitoires), si, compte tenu de l'écoulement du temps, l'administration n'est plus en mesure de les modifier utilement<sup>(57)</sup> ; ou que les moyens d'illégalité externe sont jugés inopérants à l'appui de la contestation d'un texte « en tant que ne pas », qui est une forme particulière du contentieux du refus de modifier un acte<sup>(58)</sup>. Dans ce tableau, la possibilité d'obtenir l'abrogation d'un acte réglementaire dont le contenu ne heurte aucune règle de droit au moment où le juge se prononce, au motif qu'à la date antérieure à laquelle sa légalité externe s'est cristallisée, une irrégularité s'était glissée dans la façon de l'édicter, a quelque chose de déplacé.

De l'ensemble de ces considérations est née la proposition qui vous est soumise, consistant à réserver la remise en cause de la façon dont l'acte réglementaire a été fabriqué à sa contestation par voie d'action, contemporaine de son édicition. Au soutien des contestations ultérieures par la voie de l'exception - à l'occasion d'un litige contre une mesure d'application ou un refus d'abrogation - ne resteraient invocables, comme pour la QPC dont nous avons vu qu'elle n'était pas sans parenté théorique avec ces mécanismes, que les illégalités de fond.

Pour simple qu'elle soit à énoncer, cette règle se heurte à des raisons d'hésiter. Les unes sont exogènes et tiennent aux positions qu'ont prises des instances qui ont autorité sur votre jurisprudence - le législateur et le Conseil constitutionnel. Les autres sont plus intimes et tiennent à la force symbolique de l'inflexion jurisprudentielle que vous consentiriez.

Les obstacles juridiques nous semblent, paradoxalement, les moins difficiles à surmonter.

Le premier tient, bien sûr, à la lettre de l'article L. 243-2 du CRPA. Celui-ci, dans sa version issue de l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 qui a entendu codifier le dernier état votre jurisprudence, dispose que : « L'administration est tenue d'abroger expressément un acte réglementaire illégal ou dépourvu d'objet, que cette situation existe depuis son édicition ou qu'elle résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures, sauf à ce que l'illégalité ait cessé ». Ce faisant, il ne distingue pas entre les types d'illégalités susceptibles d'affecter le règlement.

Deux raisons nous poussent à ne pas nous y arrêter.

La première vient de ce que le texte, s'il se garde d'entrer dans une distinction entre types d'illégalités, n'interdit pas expressément de le faire. Par exemple, lorsqu'il précise que l'abrogation n'est pas de mise si l'illégalité a cessé<sup>(59)</sup>, il fait nécessairement référence aux seules illégalités de fond, une illégalité externe ne pouvant cesser qu'en cas d'édicition d'un nouvel acte qui se substitue au premier. Dès lors, il n'est pas impossible de s'autoriser de ce membre de phrase pour retenir à son aune une lecture globalisante de l'alinéa dans lequel le terme d'illégalité s'entendrait exclusivement de l'illégalité interne. De la même façon, le second alinéa, codifiant votre jurisprudence *Association « Les Verts »*<sup>(60)</sup> sur les actes non réglementaires, dispose que : « L'administration est tenue d'abroger expressément un acte non réglementaire non créateur de droits devenu illégal ou sans objet en raison de circonstances de droit ou de fait postérieures à son édicition, sauf à ce que l'illégalité ait cessé ». Lui aussi fait nécessairement référence aux seules illégalités de fond. Décider qu'au sens de tout l'article, le terme d'illégalité ne s'entend que des illégalités de fond ne conduirait donc pas à dénaturer la portée du second alinéa.

Nous ne nous laisserions pas aller à des considérations si florentines sans la seconde raison, plus déterminante mais plus difficilement avouable, qui tient à ce qu'en matière d'interprétation des textes de procédure - pardonnez-nous l'expression - vous avez déjà fait pire. Le moins qu'on puisse dire, c'est qu'il n'est pas dans les habitudes de votre assemblée de se laisser impressionner par les textes qui

entreprennent de régir votre office dans des conditions qui ne vous conviennent pas. Le président Odent relevait pudiquement que les textes de procédure se bornent « à consacrer des règles (...) dégagées par la jurisprudence, (...) qui n'empêche[nt] pas à la jurisprudence d'y ajouter ». L'audace séminale de la jurisprudence *Dame Lamotte* ¶(61), qui a marqué l'ouverture inconditionnelle du recours pour excès de pouvoir du sceau de la transgression, rappelle que ces ajouts prétoriens peuvent aussi bien servir à contrer la lettre du texte et jusqu'à l'intention du législateur. Sans atteindre ces extrémités, l'arrêt *Alitalia*, qu'il s'agit d'aménager, procède lui-même d'un tour de passe-passe audacieux vis-à-vis du décret du 28 novembre 1983. Car tandis que ce décret avait pour objet assumé de faire échec à votre jurisprudence de section *Ministre du travail et de la participation c/ Société Afrique France Europe transaction* ¶(62) et de consacrer contre votre avis la possibilité d'obtenir l'abrogation des règlements illégaux dès l'origine, vous avez trouvé le moyen d'affirmer que cette règle nouvelle avait de tout temps valeur de principe non-écrit dont le décret, superflu, s'était simplement inspiré. Dans le même ordre d'idée, l'arrêt *Danthony* a porté une sérieuse encoche à la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 (art. 70) qui excluait la neutralisation de l'omission d'une consultation obligatoire, que vous avez néanmoins consacrée. Compte tenu de ces précédents, retenir d'un article ayant pour seul objet de codifier votre jurisprudence une lecture constructive lui faisant épouser les contours que vous souhaitez donner à cette dernière ne nous semble pas hors de portée.

L'obstacle constitutionnel tient aux termes dans lesquels le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme, introduit par la loi n° 94-112 du 9 février 1994. Cet article prévoit, justement pour limiter la contestabilité perpétuelle des irrégularités formelles, que l'exception d'illégalité pour certains vices de forme ou de procédure des documents réglementaires d'urbanisme cesse d'être possible six mois après leur édicton. Dans sa décision n° 93-335 DC du 21 janvier 1994, le Conseil constitutionnel a écarté le grief tiré d'une atteinte au droit au recours en relevant notamment « que la restriction (...) est limitée à certains actes relevant du seul droit de l'urbanisme ; (...) [que le législateur] a fait réserve des vices de forme ou de procédure qu'il a considérés comme substantiels ; qu'il a maintenu un délai de six mois au cours duquel toute exception d'illégalité peut être invoquée ; et que les dispositions (...) n'ont ni pour objet, ni pour effet de limiter la possibilité ouverte à tout requérant de demander l'abrogation d'actes réglementaires illégaux ou devenus illégaux et de former des recours pour excès de pouvoir contre d'éventuelles décisions de refus ». Prise à la lettre, cette décision semble interdire toute restriction supplémentaire en matière d'exception d'illégalité externe, *a fortiori* cumulée à une restriction symétrique en matière d'abrogation. Mais à bien considérer son économie, elle correspond surtout au mode de rédaction des déclarations de conformité du Conseil constitutionnel, consistant à énumérer les caractéristiques du dispositif législatif dans son ensemble pour décerner à l'équilibre global qu'il instaure un brevet de constitutionnalité. La chute de la décision est que le moyen de méconnaissance du droit au recours manque en fait, et non que l'article L. 600-1 tangente un seuil dont il serait exclu de se rapprocher. Par un avis du Conseil d'État du 9 mai 2005, *M. Marangio* ¶(63), vous avez d'ailleurs, tout en reprenant l'incidente sur la demande d'abrogation, poussé l'effet de l'article L. 600-1 un cran plus loin que sa lettre en jugeant qu'il paralysait l'effet de la jurisprudence *Ponard* et interdisait à l'administration d'écarter le règlement d'urbanisme entaché d'illégalité externe après le délai de six mois. Du reste, cette décision remonte à une époque où le Conseil constitutionnel se montrait moins sensible qu'aujourd'hui à la stabilité des situations juridiques ; on l'imagine mal aujourd'hui, alors qu'il mesure chaque jour les mérites d'une QPC centrée sur les seules inconstitutionnalités de fond, juger inconstitutionnel un reparamétrage en ce sens de la jurisprudence administrative.

Reste l'obstacle psychologique, qui nous arrête un peu plus. L'idée que transcrit le triptyque des jurisprudences *Alitalia*, *Avéizard* et *Ponard* est à la fois simple et belle : il s'agit de veiller à ce que ne soient applicables que la loi et les actes réglementaires légalement pris. Jamais vous n'avez distingué, pour sa mise en oeuvre, selon les chefs d'illégalité de l'acte réglementaire, qui tous méritent, sans hiérarchie ni privilège, d'entraîner sa disparition. Renoncer à la simplicité est un sacrifice en soi. Y renoncer au profit d'une position qui ne manquera pas d'être perçue comme de fermeture, s'inscrivant dans le sillage de jurisprudences récentes - *AC !*, *Danthony*, *Czabaj* - déjà perçues de cette façon, et dont l'accumulation rend une nouvelle évolution tout à la fois logique et moins directement nécessaire, mérite réflexion.

Pour notre part, cette réflexion nous conduit à penser que le pas supplémentaire à franchir tient de l'aboutissement plus que de la révolution.

Si vous n'avez que récemment commencé à l'admettre, l'idée que toutes illégalités ne se valent pas a toujours été présente à votre esprit. Le président Kahn déjà soulignait qu'à une annulation formelle sans incidence sur la substance de l'acte il fallait le cas échéant préférer l'annulation de fond ¶(64). Plus proche de notre affaire, la présidente Hagelsteen, lorsqu'elle proposait en 1981 l'évolution qu'*Alitalia* consacre, objectait à sa proposition, et la section y a été sensible, que « toutes les illégalités ne sont pas pareillement graves », et qu'il n'est pas certain que « la circonstance qu'une consultation ait été omise, il y a 5, 10, 20 ou

même 30 ans, justifie pleinement la censure d'un refus par l'administration d'abroger un texte important et dont elle fait une application quotidienne » et qui constituent en la matière « la loi des parties ». Vous avez fini par attacher des conséquences contentieuses à cette conviction : l'exemple le plus spectaculaire en est le contentieux contractuel, où seuls les vices d'une particulière gravité conduisent le juge à annuler ou écarter le contrat ; mais la matière de l'excès de pouvoir n'est pas restée à l'écart de cette évolution, qu'on pense à la jurisprudence *Danthy*, mais aussi à la jurisprudence *AC !* qui, fissurant pour les règlements l'édifice selon lequel l'illégalité de l'acte garantit son inapplicabilité *ab initio*, endosse une hiérarchisation des illégalités dont certaines, par exemple celles de forme ou de procédure, ne mériteront pas, dans les circonstances de l'espèce, que l'on prononce une annulation rétroactive aux conséquences incommensurables à leur niveau de gravité. On retrouve la même logique dans la reconnaissance progressive à l'administration d'une faculté de régularisation rétroactive de certains actes entachés d'un vice de forme ou de procédure, même non « danthyisable »<sup>(65)</sup>. Le tout trouvant un écho en contentieux de la responsabilité, où la jurisprudence *Cartiez*<sup>(66)</sup> interdit qu'une illégalité de forme sans incidence sur le dispositif de la décision administrative engage, malgré son caractère fautif, la responsabilité de l'administration.

Or ce n'est pas par relâchement que vous avez pris ces raisonnables distances avec le systématisme illégalité/sanction. Nous n'imputons pas au hasard le fait que la fièvre modernisatrice dont nous parlions tout à l'heure se soit emparée de vous peu après que le législateur vous eut, avec la loi du 8 février 1995, doté du moyen de rendre vos décisions effectives. Ainsi que le résume Bertrand Seiller dans un article consacré à « L'illégalité sans l'annulation »<sup>(67)</sup>, le débat sur le recours pour excès de pouvoir s'est alors déplacé de son inefficacité à sa parfois trop grande efficacité. Cette prise de conscience étant acquise, vous avez renoncé au confort de l'automatisme pour une discipline consistant, pour reprendre la définition de l'office du juge de la légalité donnée par le président Stahl dans ses conclusions sur l'affaire *El Bahi*<sup>(68)</sup>, à « mesurer la valeur des critiques de légalité qui sont susceptibles d'être adressées aux actes administratifs (...) et [à] apprécier si les critiques sont de nature à justifier la censure de ces actes ». Dans cet exercice, il vous faut déterminer si les effets d'une voie de recours sont proportionnés aux objectifs en vue desquels elle est instaurée.

L'ouverture de voies de contestation perpétuelle des actes réglementaires est liée à la particularité de ces derniers, porteurs d'une règle générale et impersonnelle qui a vocation à s'appliquer de façon permanente à toutes les situations entrant dans son champ d'application tant qu'il n'a pas été décidé de la modifier ou de l'abroger. C'est en raison de cette permanence qu'au-delà du procès par voie d'action qui peut être fait à l'acte réglementaire, il est possible à toute époque d'utiliser des voies d'exception pour viser non plus l'acte, mais la règle qu'il contient. Pour le président Odent, il s'agit d'éviter l'application indéfinie de dispositions illégales afin de préserver l'ordre public juridique<sup>(69)</sup>. De telles atteintes à l'ordre public juridique nous semblent caractérisées chaque fois que la règle énoncée par l'acte réglementaire est illégale par son contenu et que chaque application que l'administration en ferait serait constitutive d'une nouvelle illégalité. Nous ne croyons pas qu'elles existent du seul fait que le contenant de la règle, à savoir l'acte réglementaire lui-même, procède d'imperfections formelles, quand bien même le vice de forme ou de procédure a pu avoir une incidence sur le contenu de la règle édictée. Parce qu'ils ont pu jouer sur le contenu de la règle, de tels vices doivent pouvoir être saisis et entraîner l'annulation de l'acte lorsqu'il est attaqué, emportant pour l'administration qui s'y est mal prise une obligation de refaire qui, compte tenu de la relative contemporanéité de l'édition initiale et de l'annulation contentieuse, conserve une pertinence. Une fois le temps utile de cette reconstitution expiré, la seule question qui nous semble conserver perpétuellement sa raison d'être est celle de savoir si, à la date où l'administration l'applique ou est invitée à le réexaminer, le contenu de la règle tel qu'il est, peu important ce qu'il aurait pu être, est légal ou ne l'est pas<sup>(70)</sup>.

Cela nous amène à trois précisions quant au réglage du dispositif proposé.

Il ne vaudrait, d'abord, que pour les actes réglementaires. C'est l'aura particulière de l'acte réglementaire qui justifie pour lui une forme de contestation perpétuelle par voie d'exception, et c'est parce que cette contestation dérivée est perpétuelle qu'il est souhaitable de la centrer sur les illégalités de fond. L'argument ne vaut donc pas pour les actes individuels, dont la contestabilité continuera d'obéir à une logique propre. Pour l'exception d'illégalité, elle sera en partie plus favorable, dans la mesure où elle restera possible s'agissant des règles de forme, tant que l'acte ne sera pas définitif : c'est un petit paradoxe, mais qui trouve aussi sa contrepartie dans la moindre publicité faite aux actes non réglementaires, qui rend logique qu'on puisse, dans le délai de recours, ou même pendant la durée d'une opération complexe, les attaquer de biais. Pour le refus d'abroger, le régime continuera d'être plus restrictif puisque seul un changement de circonstances peut justifier l'abrogation d'un acte non réglementaire.

La désactivation des vices que vous jugeriez hors de propos dans les voies de contestation obliques prendrait, ensuite, la forme d'une inopérance et non d'une irrecevabilité. C'est cette formule que vous reprenez pour signifier qu'un moyen n'a pas du tout sa place dans une voie de recours donnée<sup>(71)</sup>. C'est ainsi une formule d'inopérance des moyens des vices de forme et de procédure que vous avez retenue dans le cadre des contestations « en tant que ne pas »<sup>(72)</sup>. Il est vrai que lorsque le législateur s'est lancé dans une construction comparable en matière d'urbanisme, il a opté pour une formule d'irrecevabilité. Mais il n'est pas rare qu'à une qualification d'irrecevabilité retenue par le législateur vous substituiez une solution d'inopérance<sup>(73)</sup>.

L'inopérance devrait, enfin, ne concerner que les vices de forme et de procédure. Nous entendons par là que la compétence de l'auteur de l'acte réglementaire devrait pouvoir être perpétuellement contestée. Certes, des quatre causes initiales d'ouverture du recours pour excès de pouvoir - incompétence, vice de forme, violation de la loi et détournement de pouvoir<sup>(74)</sup> - les deux premières ont en commun de toucher à l'édition de l'acte et non à son contenu. Aussi ont-elles été, lorsque s'est forgée la théorie des causes juridiques<sup>(75)</sup>, regroupées sous le timbre commun de la légalité externe. Pourtant, il existe une différence de nature entre l'incompétence, réputée mère de tous les vices parce qu'elle touche à la condition même de possibilité d'édition de l'acte, et l'irrégularité formelle ou de procédure, relative aux seules conditions d'élaboration d'un acte que son auteur avait le pouvoir d'édicter. C'est ce qui explique que d'autres tentatives de classification refusent le rattachement de l'incompétence aux vices de procédure : nous nous référons en particulier au *Cours de droit administratif* de Charles Eisenmann qui, parce qu'elle vise une hypothèse dans laquelle l'auteur de l'acte a édicté une norme qu'il n'avait, faute de titre, pas le droit de poser, range l'incompétence dans les illégalités de fond, par opposition aux illégalités tenant aux modalités d'exercice des pouvoirs légalement conférés. C'est aussi la raison pour laquelle l'incompétence est la seule illégalité dite externe que vous jugez contraire à l'ordre public au point de la soulever d'office, y compris par la voie de l'exception<sup>(76)</sup> - avec le défaut de consultation du Conseil d'État sur les décrets qui en relèvent, mais justement par rémanence de l'époque où vous assimiliez ce vice à une incompétence<sup>(77)</sup>. C'est pour cela enfin que vous refusez, par opposition aux vices de forme et de procédure, de passer l'incompétence au crible de la jurisprudence *Danthony*<sup>(78)</sup>.

Un mot enfin de l'état du droit hors de nos frontières<sup>(79)</sup>. On ne peut cacher que dans les États voisins où l'exception d'illégalité est ouverte de façon perpétuelle contre les actes réglementaires, elle l'est sans restriction touchant à la nature des illégalités invoquées. Mais on doit préciser que dans ces systèmes, l'exception d'illégalité est en principe la seule voie effective de recours contre les actes réglementaires, protégés des voies d'action directes et objectives comparables au recours pour excès de pouvoir tel que nous le connaissons. En Allemagne, si on laisse de côté le contrôle de constitutionnalité qui ne concerne que le fond, le contrôle direct de la norme (*normenkontrolle*) n'est pas ouvert contre les règlements fédéraux ; et contre les règlements des *Länder*, il n'est ouvert qu'aux justiciables dont un droit subjectif est mis en cause, dans des conditions bien plus restrictives que celles de l'intérêt pour agir devant le juge de l'excès de pouvoir français<sup>(80)</sup>. Même chose en Italie<sup>(81)</sup> et aux Pays-Bas où le recours direct contre les actes généraux est pour ainsi dire fermé. En Angleterre, où le *judicial review* offre une voie d'accès directe au juge comparable au recours pour excès de pouvoir en termes d'intérêt pour agir et de champ des actes à portée générale concernés, les vices de procédure sont dans une certaine mesure invocables : mais d'une part, ils le sont de façon très résiduelle et souple pour les actes de portée générale et d'autre part, loin d'être enfermé dans une alternative rejet/annulation, le juge bénéficie d'une palette de six pouvoirs<sup>(82)</sup>, dont l'invitation à régulariser dans l'instance initiale ceux des rares vices de procédure qui pourraient être retenus. Seule la Belgique et dans une certaine mesure l'Espagne semblent combiner accès direct au juge et contestation indirecte. Quant au droit de l'Union européenne, il impose à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) d'examiner l'exception d'illégalité des règlements européens y compris pour des cas de vice de forme substantiels (art. 263 et 277 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne [TFUE]). Mais comme en Allemagne, en Italie et aux Pays-Bas, il s'agit d'un contrepoint à la très faible ouverture du recours direct contre les règlements. Tout au plus peut-elle faire craindre que, par analogie, la jurisprudence de la CJUE exige, pour le cas où le droit européen imposerait qu'un acte réglementaire national soit pris dans le respect de règles de procédure (de notification par exemple), de permettre de saisir un vice y compris par la voie de l'exception. Mais il vous suffirait dans ces cas très particuliers de consentir une exception motivée par les exigences spécifiques du droit de l'Union européenne, comme vous le faites lorsque ce droit fait obstacle au jeu normal de la jurisprudence *AC !*<sup>(83)</sup>, ou à l'inopérance de principe des moyens de légalité externe en plein contentieux de l'asile<sup>(84)</sup>.

Nous pensons donc qu'une évolution de jurisprudence ne vous éloignerait ni du standard de justiciabilité des actes réglementaires généralement admis par les juridictions européennes, ni, sur un plan plus introspectif, des motivations profondes qui vous ont conduit, il y a de cela près d'un siècle, à organiser la possibilité de

faire perpétuellement barrage à l'effet de contagion lié à l'applicabilité permanente de la règle illégale maintenue en vigueur par un acte réglementaire. Forte de cette conviction, nous vous invitons à distinguer entre, d'une part, la légalité de la règle, sa finalité et la compétence de son auteur, qui, parce qu'elles sont contagieuses, doivent toujours pouvoir être mises en cause ; et, d'autre part, les conditions d'élaboration de l'acte réglementaire qui sert de véhicule à cette règle et qui, à ce titre, ne ressortissent qu'à la contestation directe de cet acte dans le délai de recours contentieux.

Cette solution conduit à écarter pour inopérance les vices de forme et de procédure qu'invoque la CFDT à l'encontre du refus d'abroger le décret du 29 mars 2017. Si vous nous suivez, il ne sera pas nécessaire de moduler dans le temps les effets de cette évolution de jurisprudence, en l'absence d'atteinte à la substance du droit en recours, surtout dans l'acception particulièrement étroite que vous en avez retenue dans votre décision *Czabaj*...

\*\*\*

Nous pouvons passer à la question qui compte, c'est-à-dire la question de fond.

L'article 3 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dispose que : « Sauf dérogation prévue par une disposition législative, les emplois civils permanents (...) des établissements publics à caractère administratif sont (...) occupés soit par des fonctionnaires (...), soit par des fonctionnaires des assemblées parlementaires, des magistrats de l'ordre judiciaire ou des militaires dans les conditions prévues par leur statut ». Dès l'origine, la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, ménageait une telle dérogation pour les établissements publics de l'État « figurant, en raison du caractère particulier de leurs missions, sur une liste établie par décret en Conseil d'État » - un décret n° 84-38 du 18 janvier 1984.

Une trentaine d'années plus tard, cette dérogation s'est attiré les foudres du Conseil d'État qui, dans son rapport public de 2012, présentait ce décret comme largement obsolète. Dans le même temps, un rapport conjoint de l'inspection générale de l'administration, de l'inspection générale des affaires sociales et du contrôle général économique et financier parvenait à la même conclusion. À sa suite, deux décrets n° 2014-600 du 5 juin 2014 et n° 2015-1154 du 16 septembre 2015 sont venu resserrer la liste des dérogations.

La loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires est allée plus loin et a réformé le dispositif législatif. Depuis son entrée en vigueur, le 2° de l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984 ne fait plus échapper à l'obligation de recruter des fonctionnaires que : « Les emplois des établissements publics qui requièrent des qualifications professionnelles particulières indispensables à l'exercice de leurs missions spécifiques et non dévolues à des corps de fonctionnaires » dont la liste est périodiquement révisée.

Un premier décret d'application n° 2017-41 du 17 janvier 2017 a fixé les règles de procédure pour l'inscription sur la liste des dérogations dont il a précisé qu'elle valait pour cinq ans. Le décret n° 2017-436 du 29 mars 2017 litigieux porte inscription des emplois bénéficiant de la dérogation. Il concerne vingt-quatre établissements publics administratifs, dont l'INPI (Institut national de la propriété industrielle). Pour ce dernier établissement, la réforme a fait subir une cure d'amaigrissement à la liste des emplois éligibles : elle ne vise plus que huit types d'emplois de catégorie A et B, tous présentés comme requérant des qualifications particulières en matière de propriété industrielle. Certains sont destinés à pourvoir des postes opérationnels de gestionnaire des titres et des registres, d'ingénieur et de juriste, de chargé d'étude et de recherche, de valorisation des données ou de contrôle de qualité des titres. D'autres concernent des fonctions support : développement et gestion des systèmes d'information liés aux titres et données dans le domaine de la propriété industrielle et du registre du commerce ; fonctions d'information, communication, formation et relation client ; et fonctions d'archivage électronique des données.

Les deux syndicats estiment que ces emplois ne remplissent pas les conditions posées par le 2° de l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984.

Cet article mobilise trois éléments pour l'inscription sur la liste dérogatoire : l'exigence de qualifications professionnelles particulières, un caractère indispensable à l'exercice des missions spécifiques de l'établissement et l'absence de corps de fonctionnaire pertinent. À la vérité, rien de tout cela n'est limpide. S'agissant de la consistance des critères, celui de l'absence de dévolution à un corps de fonctionnaires est mystérieux : on comprend mal si ce sont les qualifications particulières (ce qui ne veut pas dire grand-chose) ou les missions spécifiques (mais alors la syntaxe est douteuse) qui ne doivent pas être dévolues.

S'agissant de l'articulation des critères entre eux, le mode d'emploi n'est guère plus explicite : on ne sait pas s'il faut, pour chaque emploi, vérifier qu'il requiert des qualifications, et qu'il est indispensable à l'exercice des missions, faute de quoi il n'y aurait pas même à se préoccuper de la question de savoir si un corps de fonctionnaires est apte à l'assurer ; ou s'il faut faire de l'ensemble des conditions une appréciation globale, revenant à s'assurer, d'un même mouvement, qu'aucun corps de fonctionnaires ne possède les qualifications professionnelles indispensables, eu égard à la spécificité de ses missions, au fonctionnement de l'établissement auquel ces emplois contribuent. Les travaux préparatoires sont impuissants à dissiper ces hésitations.

Les requérantes plaident pour une lecture restrictive du critère de non-dévolution à un corps de fonctionnaires et une approche analytique des critères, dont la combinaison aboutit à l'interprétation la plus stricte du champ de la dérogation.

Même avec cette lecture, nous n'avons pas de doute que cinq des huit types d'emplois visés - ceux qui couvrent les missions de fond - relèvent de la dérogation.

L'INPI est chargé par l'article L. 411-1 du code de la propriété intellectuelle de deux missions principales : instruire les demandes de titres de propriété industrielle et centraliser les informations contenues dans le registre national du commerce et des sociétés. Dans ces deux domaines, il est également chargé de missions de diffusion des informations en vue de leur réutilisation, de sensibilisation et de prospective en vue de proposer des évolutions du droit. Ces missions nécessitent des qualifications professionnelles particulières : vous jugiez sous l'empire de la législation précédente qu'elles requièrent des connaissances spéciales en matière juridique, technique, commerciale et financière<sup>(85)</sup>. La technicité de la matière est telle que seuls des conseillers spécialisés en propriété industrielle ont le droit de représenter des particuliers devant l'INPI et que ce sont, en France comme au niveau de l'Union européenne, des formations juridictionnelles spécialisées qui traitent du contentieux de ses décisions.

Or ces missions de fond ne sont pas dévolues à un corps de fonctionnaires, dont aucun ne possède même les qualifications requises par l'exercice de ce coeur de mission. Ni le corps des ingénieurs de l'industrie et des mines, ni celui des techniciens supérieurs de l'économie et de l'industrie invoqués ne dispose des compétences techniques en matière de brevet que l'INPI exige pour le recrutement de ses ingénieurs et chargés d'études ; les compétences juridiques du corps des attachés d'administration centrale et des secrétaires administratifs des administrations de l'État sont trop généralistes pour les connaissances de droit privé de la propriété industrielle qu'exigent les emplois de juriste ou de gestionnaires de brevets<sup>(86)</sup>. À titre de comparaison, l'Agence du patrimoine immatériel de l'État, service à compétence nationale de l'État, recrute pour le dépôt de demandes devant l'INPI des prestataires externes et non des fonctionnaires.

La question est plus ouverte pour les fonctions support. Dans une démarche analytique s'attachant à déterminer, emploi par emploi, si sont en jeu celles des qualifications professionnelles particulières indispensables à l'exercice par l'INPI de son coeur de mission, on peut soutenir, avec les requérantes, qu'il s'agit d'informatique, d'archivage et de communication et que, quand bien même aucun corps de fonctionnaire ne serait taillé pour ces missions, ce n'est pas propre à l'établissement, de sorte que l'on n'est pas dans le champ de la dérogation. Si l'on retient une lecture plus globale se satisfaisant d'un lien avec les missions spécifiques de l'INPI qu'aucun corps de fonctionnaires n'a les qualités pour assumer, alors il est logique d'attirer ces fonctions support dans le champ de la dérogation.

Dans le sens de la première solution plaide l'esprit de la loi de 2016, procédant d'une volonté de resserrer le champ de la dérogation, ainsi que son caractère dérogatoire lui-même, qui dicte en principe une interprétation restrictive.

Mais trois considérations plaident pour la seconde position.

La première tient à la portée utile de la loi de 2016, qui ne sort pas anéantie d'une lecture globalisante. Le critère des « qualifications professionnelles particulières indispensables à l'exercice des missions » est en lui-même plus exigeant que celui du « caractère particulier » des missions du décret de 1984, à quoi s'ajoute la limitation dans le temps de l'inscription sur la liste. Dès lors, même la lecture la plus souple reste compatible avec l'intention restrictive du législateur.

La deuxième touche au fonctionnement des établissements en cause et à la conviction qu'il n'est pas mauvais, lorsque la matière est technique, que les fonctions support puissent être exercées en tenant compte de cette technicité. Il n'est pas saugrenu de souhaiter que les systèmes informatiques servant à la

mise à disposition du public, sous forme électronique aisément réutilisable, des informations contenues dans les titres de propriété industrielle et le registre national du commerce et des sociétés soient développés par des informaticiens familiers de ce type de données et des modalités de leur réutilisation ; que les chargés de la communication, investis de mission de formation et de relation avec les déposants, sachent de quoi ils parlent ; l'argument est moins fort pour les fonctions d'archivage électronique malgré les particularités des données.

Mais il reste une troisième raison tenant aux conséquences pratiques de la lecture la plus stricte en matière d'équilibre des recrutements dans la fonction publique. Quelque interprétation que l'on retienne du 2° de l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984 propre à certains établissements publics, son article 4 autorise plus largement le recrutement de contractuels : « Lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions ». Il en résulte que si l'INPI se voit fermer la voie du 2° de l'article 3, il pourra actionner celle de l'article 4 pour pourvoir ses fonctions support en l'absence de corps de fonctionnaires qualifié. Mais le glissement de terrain ne sera pas neutre pour les contractuels recrutés : car tandis que les recrutements effectués sur le fondement de la dérogation propre aux établissements techniques le sont en CDI (contrat à durée indéterminée), ceux qui sont opérés sur le fondement de la dérogation générale le sont en CDD (contrat à durée déterminée). Dans la mesure où l'imprécision du texte législatif vous laisse une marge d'interprétation, nous préférierions la voir jouer dans le sens d'une sécurisation de l'emploi favorisant le recours aux contrats les moins précaires. Si l'on ajoute qu'à l'issue du récent comité interministériel de la transformation publique, le gouvernement annonçait un élargissement du recours aux contrats pour une meilleure adéquation des recrutements aux besoins techniques, on voit poindre le risque qu'une interprétation de la loi dans le sens d'une approche restrictive des possibilités ouvertes aux établissements techniques doublée d'une précarisation des agents contractuels appelés à pourvoir leurs emplois aille doublement à rebours du sens de l'histoire.

Dans ces conditions, nous proposons de constater l'absence de corps de fonctionnaires possédant les qualifications particulières requises, compte tenu de la spécificité des missions de l'INPI, pour occuper les huit types d'emplois du décret litigieux, et d'en déduire que le décret remplit les conditions légales.

Par ces motifs, nous concluons au rejet des deux requêtes.

## **Annexe**

### **Conseil d'État, assemblée, 18 mai 2018, n° 414583**

#### **Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT**

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

2. Le contrôle exercé par le juge administratif sur un acte qui présente un caractère réglementaire porte sur la compétence de son auteur, les conditions de forme et de procédure dans lesquelles il a été édicté, l'existence d'un détournement de pouvoir et la légalité des règles générales et impersonnelles qu'il énonce, lesquelles ont vocation à s'appliquer de façon permanente à toutes les situations entrant dans son champ d'application tant qu'il n'a pas été décidé de les modifier ou de les abroger.

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

4. Après l'expiration du délai de recours contentieux, une telle contestation peut être formée par voie d'exception à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative ultérieure prise pour l'application de l'acte réglementaire ou dont ce dernier constitue la base légale. Elle peut aussi prendre la

forme d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre la décision refusant d'abroger l'acte réglementaire, comme l'exprime l'article L. 243-2 du code des relations entre le public et l'administration aux termes duquel : « L'administration est tenue d'abroger expressément un acte réglementaire illégal ou dépourvu d'objet, que cette situation existe depuis son édicton ou qu'elle résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures, sauf à ce que l'illégalité ait cessé [...] ». Si, dans le cadre de ces deux contestations, la légalité des règles fixées par l'acte réglementaire, la compétence de son auteur et l'existence d'un détournement de pouvoir peuvent être utilement critiquées, il n'en va pas de même des conditions d'édiction de cet acte, les vices de forme et de procédure dont il serait entaché ne pouvant être utilement invoqués que dans le cadre du recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'acte réglementaire lui-même et introduit avant l'expiration du délai de recours contentieux.

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

6. Aux termes de l'article 3 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : « Sauf dérogation prévue par une disposition législative, les emplois civils permanents de l'État, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics à caractère administratif sont, à l'exception de ceux réservés aux magistrats de l'ordre judiciaire et aux fonctionnaires des assemblées parlementaires, occupés soit par des fonctionnaires régis par le présent titre, soit par des fonctionnaires des assemblées parlementaires, des magistrats de l'ordre judiciaire ou des militaires dans les conditions prévues par leur statut ». L'article 3 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État dispose, dans sa rédaction issue de la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, que : « les emplois permanents de l'État et des établissements public de l'État énumérés ci-après ne sont pas soumis à la règle énoncée à l'article 3 du titre I<sup>er</sup> du statut général (...) 2) Les emplois des établissements publics qui requièrent des qualifications professionnelles particulières indispensables à l'exercice de leur missions spécifiques et non dévolues à des corps de fonctionnaires, inscrits pour une durée déterminée sur une liste établie par décret en Conseil d'État (...) Les agents occupant ces emplois sont recrutés par contrat à durée indéterminée (...) ». L'article 4 de la loi du 11 janvier 1984 dispose que « par dérogation au principe énoncé à l'article 3 du titre I<sup>er</sup> du statut général, des agents contractuels peuvent être recrutés dans les cas suivants : / 1° Lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes (...) ». Il résulte des dispositions précitées de l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984 que la possibilité pour un établissement public administratif de l'État de pourvoir, sur leur fondement, à des emplois permanents en recourant à des agents contractuels recrutés par contrat à durée indéterminée, par dérogation à la règle selon laquelle ces emplois sont occupés par des fonctionnaires, est subordonnée à l'absence de corps de fonctionnaires possédant les qualifications professionnelles particulières requises pour occuper ces emplois afin d'exercer les missions spécifiques de cet établissement public.

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

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

9. Il ressort des pièces du dossier que les spécificités des missions confiées à l'INPI requièrent, eu égard aux compétences techniques et juridiques dont elles supposent la maîtrise, des qualifications

professionnelles particulières dans le domaine de la propriété industrielle. Il ressort également des pièces du dossier que l'ensemble des huit types d'emplois retenus par le décret du 29 mars 2017 requièrent une expertise dans le domaine de la propriété industrielle et, en particulier, dans le maniement des titres et des données ainsi que du registre national du commerce et des sociétés.

10. Contrairement à ce qui est soutenu, ni le corps des ingénieurs de l'industrie et des mines qui, en vertu du décret du 29 avril 1988 portant création et statut particulier de ce corps ont « vocation à servir en position d'activité (...) dans les établissements publics de l'État » et « sont chargés de fonctions de direction d'encadrement, d'expertise, d'étude, d'administration, de recherche ou d'enseignement dans les domaines scientifique, technique, environnemental, économique ou social » ni le corps des techniciens supérieurs de l'économie et de l'industrie qui, en vertu du décret du 22 août 2012 portant statut particulier de ce corps, « effectuent des études, des enquêtes, des expertises et des contrôles dans les domaines de la sécurité, de la protection de l'environnement, de l'exploitation des ressources minières, de la métrologie et de l'économie » ne donnent à leurs membres vocation à détenir, eu égard à la spécificité des missions de l'INPI, les qualifications professionnelles particulières requises pour occuper les huit types d'emplois mentionnés dans le décret du 29 mars 2017 pour lesquels l'INPI peut recruter des agents contractuels sur le fondement de l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984.

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

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

Décide :

Article 1<sup>er</sup> : La requête de la Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT est rejetée.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à la Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT, au Premier ministre et au ministre de l'action et des comptes publics.

#### Mots clés :

**ACTE UNILATERAL** \* Acte administratif \* Abrogation d'un acte administratif \* Recours contre le refus d'abroger un acte réglementaire \* Illégalité des règles fixées par l'acte réglementaire \* Vices de forme et de procédure

**CONTENTIEUX** \* Procédure administrative contentieuse \* Pouvoirs et devoirs du juge \* Contrôle du juge de l'excès de pouvoir \* Exception d'illégalité \* Recours contentieux \* Recours pour excès de pouvoir \* Moyen inopérant

(1) V. les notes de D. de Béchillon, RFDA 2018. 662<sup>1</sup> et celle de P. Delvolvé, RFDA 2018. 665<sup>1</sup>.

(2) CE, sect., 6 févr. 2004, n° 240560, Lebon p. 48 ; AJDA 2004. 436<sup>1</sup>, chron. F. Donnat et D. Casas<sup>1</sup> ; D. 2005. 35<sup>1</sup> ; *ibid.* 26, obs. P.-L. Frier<sup>1</sup> ; RFDA 2004. 740, concl. I. de Silva<sup>1</sup>.

(3) J.-M. Sauvé, « Un corridor de Vasari au Palais-Royal - Autoportraits du juge en son office », AJDA 2013. 1669<sup>1</sup>.

(4) J. Arrighi de Casanova, « Les habits neufs du juge administratif », in *Mélanges D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 11.

(5) B. Stirn, « Juridiction et jurisprudence administratives : le temps du mouvement », in *Mélanges M. Troper, Economica*, 2006, p. 939, spéc., p. 940.

(6) C. Landais et F. Lenica, « La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir », *AJDA* 2004. 1183.

(7) G. Odinet et L. Dutheillet de Lamothe, « La régularisation, nouvelle frontière de l'excès de pouvoir », *AJDA* 2016. 1859.

(8) N° 240560, préc.

(9) CE, sect., 3 déc. 2003, n° 240267, *Préfet de la Seine-Maritime c/ El Bahi*, Lebon p. 479 ; *AJDA* 2004. 202, chron. F. Donnat et D. Casas ; D. 2005. 35 ; *ibid.* 26, obs. P.-L. Frier ; *RFDA* 2004. 733, concl. J.-H. Stahl.

(10) CE, ass., 23 déc. 2011, n° 335033, Lebon p. 649 ; *AJDA* 2012. 7 ; *ibid.* 195, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; *ibid.* 1484, étude C. Mialot ; D. 2013. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; *AJDI* 2014. 16, étude S. Gilbert ; *ibid.* 2015. 25, chron. S. Gilbert ; *ibid.* 2016. 27, étude S. Gilbert ; *ibid.* 2017. 26, étude S. Gilbert ; *AJCT* 2015. 388, étude R. Bonnefont ; *RFDA* 2012. 284, concl. G. Dumortier ; *ibid.* 296, note P. Cassia ; *ibid.* 423, étude R. Hostiou.

(11) CE, 27 juill. 2001, n° 222509, Lebon p. 411 ; *AJDA* 2001. 1053 ; *ibid.* 1046, chron. M. Guyomar et P. Collin ; D. 2001. 2726.

(12) CE, ass., 29 juin 2001, n° 213229, Lebon p. 303 ; *AJDA* 2001. 1051 ; *ibid.* 1046, chron. M. Guyomar et P. Collin.

(13) CE, ass., 11 mai 2004, n°s 255886 à 255892, *Association AC ! et autres*, Lebon p. 197, concl. C. Devys ; *AJDA* 2004. 1183, chron. C. Landais et F. Lenica ; *ibid.* 1049, tribune J.-C. Bonichot ; *ibid.* 1219, étude F. Berguin ; *ibid.* 2014. 116, chron. J.-E. Schoettl ; D. 2004. 1499, et les obs. ; *ibid.* 1603, chron. B. Mathieu ; *ibid.* 2005. 26, obs. P.-L. Frier ; *ibid.* 2187, obs. C. Willmann, J.-M. Labouz, L. Gamet et V. Antoine-Lemaire ; *Just. & cass.* 2007. 15, étude J. Arrighi de Casanova ; *Dr. soc.* 2004. 762, étude P. Langlois ; *ibid.* 766, note X. Prétot ; *RFDA* 2004. 438, note J.-H. Stahl et A. Courrèges ; *ibid.* 454, concl. C. Devys.

(14) CE, ass., 13 juill. 2016, n° 387763, Lebon p. 340 ; *AJDA* 2016. 1479 ; *ibid.* 1629, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; *AJFP* 2016. 356, et les obs. ; *AJCT* 2016. 572, obs. M.-C. Rouault ; *RDT* 2016. 718, obs. L. Crusoé ; *RFDA* 2016. 927, concl. O. Henrard ; *RTD com.* 2016. 715, obs. F. Lombard ; *GAJA*.

(15) CE, 17 juill. 2013, n° 358109, *Syndicat national des professionnels de santé au travail*, Lebon p. 219, concl. M. Vialettes ; *AJDA* 2013. 1546 ; *ibid.* 1733, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; *RDT* 2013. 568, obs. M. Véricel. L'omission de consultation du Conseil d'État (voire même, selon les conclusions de M. Vialettes, les vices qui entacheraient sa consultation) n'étant même pas regardée comme la privation systématique d'une garantie, mais comme un vice « indanthonyisable » par principe.

(16) CE, ass., 3 févr. 1939, *Association dite « Armée du Salut »*, Lebon p. 58 ; sect., 23 nov. 1951, *Martin-Kowski*, Lebon p. 548.

(17) CE, ass., 26 juin 1953, *Detruiseux*, Lebon p. 320.

(18) CE, 29 mai 1908, n° 25488, *Poulin*, Lebon p. 580<sup>III</sup> ; 13 mai 1990, *Compagnie des Tramways de l'Est parisien*, Lebon p. 390 ; sect., 31 juill. 1948, *Compagnie industrielle des pétroles de l'Afrique du Nord*, Lebon p. 385 ; 3 déc. 1954, *Rastouil, Évêque de Limoges*, Lebon p. 639.

(19) CE, 24 janv. 1902, n° 00106, Lebon p. 44<sup>III</sup>. Qui procède par *obiter dictum* : la requête du Sieur Avézard, directement dirigée contre un arrêté préfectoral, est rejetée comme tardive, mais il lui est précisé « que la non-recevabilité de sa requête ne fait d'ailleurs nul obstacle à ce que, s'il s'y croit fondé, il conteste devant la juridiction compétente la légalité de l'arrêté dont s'agit à l'occasion soit des mesures d'exécution prises contre lui, soit des poursuites dont il serait l'objet ».

(20) CE, sect., 10 janv. 1930, n° 97263, *Despujol*, Lebon p. 30<sup>III</sup> ; GAJA, D. 1930. 3. 16, note Josse ; S. 1930. 3. 41, note Alibert

(21) Sur l'illégalité du maintien d'un tel règlement à partir du moment où les risques de trouble ou de désordre ont disparu, v. déjà CE, 25 janv. 1933, *Abbé Coiffier*, Lebon p. 100.

(22) L'arrêt procède lui aussi par *obiter dictum* : la requête du Sieur Despujol est tardive faute pour la loi qu'il invoque d'avoir créé une situation nouvelle et les règles de l'arrêt *Despujol* sont édictées à titre de « conseil pour l'avenir », pour reprendre la jolie formule de R. Alibert dans sa note au Sirey.

(23) CE, 1<sup>er</sup> avr. 1936, *Syndicat des épiciers détaillants de Toulon*, Lebon p. 435.

(24) CE, ass., 10 janv. 1964, *Ministre de l'agriculture c/ Simmonet*, Lebon p. 19 ; RD publ. 1964. 182 et 455, concl. Braibant et note Waline ; S. 1964. 239, note Auby.

(25) CE, 26 avr. 1985, n° 46228, *Entreprises maritimes Léon Vincent*, Lebon p. 126, concl. président Lasserre<sup>III</sup> ; LPA 30 juill. 1986, note Moderne ; Rev. adm. 1986.46, note Pacteau.

(26) CE, 30 janv. 1987, n° 44477, *Gestin*, Lebon p. 22.

(27) Pendant plusieurs années, les rejets ont semblé systématiques : CE, 12 févr. 1954, *Société Roger Grima*, Lebon p. 97 ; 3 juill. 1959, *Fédération des syndicats de marins*, Lebon p. 433.

(28) CE, ass., 10 janv. 1964, *Syndicat national des cadres des bibliothèques*, Lebon p. 17 ; RD publ. 1964. 459, concl. Questiaux ; S.1964, p. 236, note Auby.

(29) CE, ass., 22 janv. 1982, n° 36128, *Butin*, Lebon p. 27<sup>III</sup> et *Ah Won*, Lebon p. 33 ; RD publ. 1982. 816, note Drago et 822, concl. Bacquet ; AJ 1982. 440, chron. Tiberghien et Lasserre ; D. 1983. 235, obs. P.D ; JCP 1983.II.19968, note Barthélémy ; Rev. adm. 1982.390, note Pacteau, tous deux rendus en matière de recours en appréciation de validité, mais précisant que la règle vaut « que l'exception d'illégalité relève du juge de l'action ou qu'elle fasse l'objet d'une question préjudicielle ».

(30) CE, 12 mai 1976, n° 96436, Lebon p. 246<sup>III</sup> ; AJ 1977. 261, note Ceora ; CJEG 1976. 167, note Virole.

(31) CE, sect., 30 janv. 1981, n° 16148, *Ministre du travail et de la participation c/ Société Afrique France Europe transaction*, Lebon p. 32<sup>III</sup> ; GAJA n° 85 ; AJ 1981. 245, chron. Feffer et Pinault ; D. 1981. 277, obs. P.D. ; D. 1982. 37, note J.-M. Auby ; Dr. Ouvr. 1981.265, note Loschak ; v. ensuite, CE, 17 mars 1982, n° 21378, *Alexandre*, Lebon T.<sup>III</sup>.

(32) CE, ass., 3 févr. 1989, n° 74052, *Compagnie Alitalia*, Lebon p. 44<sup>III</sup> ; AJDA 2014. 99, chron. M. Guyomar et P. Collin<sup>III</sup> ; *Ibid.* 1989. 387, note Fouquet ; RFDA 1989. 391, concl. Chahid-Nouraï, notes Beaud et Dubouis ; *Ibid.* 2014. 99, note Guyomar et Collin ; RTD eur. 1989. 509, note Vergès.

(33) Même si l'arrêt ne fait pas apparaître les termes habituels de principe « général du droit ».

(34) V. l'étude très complète de M. Bailly, « L'acte réglementaire illégal et le décret du 28 novembre 1983 », chronique administrative et financière, *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1985, p. 1513.

(35) V. la thèse de B. Seiller, *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, th. Paris II, 1995, p. 727. V. aussi, F. Melleray, « L'étendue de l'autorité de chose jugée des déclarations d'illégalité d'actes administratifs opérées par le juge administratif », AJDA 2004. 138<sup>III</sup>, rendant hommage à cette proposition et soulignant sa parenté avec les développements du droit espagnol (art. 27 de la loi du 13 juill. 1998 ; v. par ex. sur cette question J. Gonzalez Pérez, *Comentarios a la ley de la jurisdiccion contencioso-administrativa*, Madrid, Civitas, 3<sup>e</sup> éd., 1998, p. 683).

(36) CE, sect., 14 nov. 1958, p. 554 ; v. aussi, CE, 9 mars 1966, n° 63782, *Meyer*, Lebon p. 200<sup>III</sup> ; CE, sect., 8 nov. 1968, *Ministre des finances c/ Menez*, Lebon p. 557 ; CE, 26 avr. 1974, n° 85597, *Villatte*, Lebon p. 253<sup>III</sup>.

(37) CE, sect., 8 janv. 1960, *Laiterie Saint-Cyprien*, Lebon p. 10 ; CE, 7 mars 1962, *Sieur Claustre-Fouquet*, Lebon p. 150 ; CE, 6 nov. 1968, n° 68581, *SA Olida*, Lebon p. 550<sup>III</sup>.

(38) CE, sect., 6 nov. 1959, *Coopérative laitière de Belfort*, Lebon p. 581.

(39) CE, 13 juill. 1962, *Syndicat des taxis gapençais*, Lebon p. 477.

(40) *Leboucher et Tarendon*, n° 96436, préc.

(41) CE, ass., 19 nov. 1955, n° 22263, *Sieur Andréani*, Lebon p. 551.

(42) CE, 23 févr. 2000, n° 187054-188312, *Fédération nationale de l'immobilier et a.*, Lebon.

(43) CE, 5 oct. 1990, n° 74376, *Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public*, Lebon<sup>III</sup> inédit, pour un vice d'incompétence - pré-*Duvignères* - entachant une circulaire ; CE, sect., 30 juill. 2003, n° 237201, *Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs (GEMTROT)*, Lebon p. 346 ; AJDA 2003. 1813<sup>III</sup>, chron. F. Donnat et D. Casas<sup>III</sup> ; D. 2003. 2284, et les obs.<sup>III</sup> ; RFDA 2003. 1134, concl. F. Sénors<sup>III</sup> et CE, 30 mars 2005, n° 268603, *SARL Briadel, Fédération des entreprises de boulangerie et pâtisserie française, Groupement indépendant des terminaux de boulangerie*, Lebon T. p. 1120, pour des formalités préalables ; et depuis la décision *Danthy*, CE, 9 nov. 2015, *Syndicat national solidaires justice*,

inédite.

(44) CE, 19 juin 2013, n° 352898, *Fédération professionnelle des entreprises du sport et des loisirs*, Lebon T. p. 403 ; AJDA 2013. 1310<sup>1</sup> ; *ibid.* 1733, chron. X. Domino et A. Bretonneau<sup>2</sup> ; et pour des formulations orthodoxes de la règle, CE, 6 nov. 2013, n° 359501, *Paris*, Lebon T. p. 402-654-808 ; AJDA 2013. 2231<sup>3</sup> ; CE, 24 mars 2014, n° 356142, *Commune de Luc-en-Provence*, Lebon T. p. 498-907 ; AJDA 2014. 713<sup>4</sup> ; AJCT 2014. 395, obs. J.-P. Borel<sup>5</sup>. Le tout ne faisant que codifier en l'adaptant à la marge une veine de jurisprudence ancienne selon laquelle la méconnaissance d'une formalité en elle-même substantielle ne doit pas entraîner l'annulation lorsque, dans les circonstances de l'espèce, ce vice n'a pas eu d'incidence sur le sens de la décision prise : v. CE, sect., 15 juill. 1964, *Sterboul*, Lebon p. 406 ; CE, ass., 7 mars 1975, n° 89011, *Association des amis de l'Abbaye de Fontevraud et Groupement de défense interdépartemental de la Forêt de Fontevraud*, Lebon p. 179<sup>6</sup> ; CE, 16 mai 2008, n° 289316, *Commune de cambon d'Albi*, Lebon T. p. 776-777 ; AJDA 2008. 963<sup>7</sup> ; AJDI 2015. 25, chron. S. Gilbert<sup>8</sup> ; RDI 2008. 436, obs. R. Hostiou<sup>9</sup> et l'éclairante analyse qu'en fait le président Labetoulle, dans sa contribution aux *Mélanges en l'honneur d'Yves Jegouzo*, « Le vice de procédure, parent pauvre de l'évolution du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation », Dalloz, 2009, p. 479 et s.

(45) Nous empruntons ces termes à la CEDH dans l'arrêt du 22 oct. 1996, *Stubbing et autres c/ Royaume-Uni*, n°s 22083/93 et 22095/93, § 51 (RSC 1997. 464, obs. R. Koering-Joulin<sup>10</sup> ; *ibid.* 470, obs. R. Koering-Joulin<sup>11</sup>) , à propos du sujet autrement plus sensible de la prescription des actions civiles pouvant être engagées contre les auteurs d'infractions sexuelles, mais dont la pertinence est la même pour le problème qui nous occupe, si ce n'est que les conséquences en sont bien sûr infiniment moins graves

(46) Sur cette question et ses paradoxes, v. F. Melleray, « L'étendue de l'autorité de chose jugée des déclarations d'illégalité d'actes administratifs opérées par le juge administratif », AJDA 2004. 138, préc.

(47) CE, sect., 23 mars 1956, n° 3587, *Dame veuve Ginestet*, Lebon p. 141, AJDA 1956. p. 164.

(48) Au contraire de l'illégalité interne qui « peut être comprise comme celle qui, sauf exception, interdit à l'administration de reprendre la même décision ».

(49) CE, 27 juill. 2001, n° 218067, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France (CAMIF)*, Lebon p. 401 ; RDI 2002. 61, obs. J.-D. Dreyfus<sup>12</sup> ; RTD com. 2002. 53, obs. G. Orsoni<sup>13</sup> ; CE, 30 déc. 2002, n° 238032, *Confédération nationale des syndicats dentaires*, Lebon T. p. 881 ; CE, 30 mai 2005, n° 250516, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications*, Lebon T. p. 1029-1047 ; AJDA 2005. 1700<sup>14</sup>.

(50) CE, 11 janv. 2006, n° 274282, *M<sup>me</sup> veuve Lellouche née Moatti*, Lebon T. p. 1023 ; AJDA 2006. 678<sup>15</sup>.

(51) CE, 19 avr. 2000, n° 207469, *Borusz*, Lebon p. 157 ; D. 2000. 147<sup>16</sup>.

(52) CE, 5 juill. 2006, n° 259061, *SARL Entreprise H. Olivo*, Lebon p. 234 ; AJDA 2006. 1414<sup>17</sup> ; *ibid.* 1728<sup>18</sup>, concl. M. Guyomar<sup>19</sup>.

(53) CE, sect., 5 oct. 2007, n° 282321, *Ordre des avocats du barreau d'Evreux*, Lebon p. 411 ; AJDA 2008. 644<sup>20</sup>, note G. Houillon<sup>21</sup> ; *ibid.* 2007. 1900<sup>22</sup> ; D. 2007. 2739<sup>23</sup> ; Dr. adm. déc. 2007, p. 20, note F. Melleray (qui voit dans cette solution le signe que ce contentieux s'éloigne des canons de l'excès de pouvoir et devient « un contentieux d'une situation juridique litigieuse » - nous notons que dans ce type de contentieux, les moyens de légalité externe seraient effectivement inopérants) ; JCP 2007.I.214, § 8, note Plessix ; LPA 9 juin 2008, note Claeys.

(54) CE, 30 mai 2007, n° 268230, *Van Camelbeke*, Lebon T. p. 664-673-1033 ; AJDA 2007. 1490<sup>1</sup>, concl. M. Guyomar<sup>2</sup>.

(55) CE, 20 mars 2017, n° 395126, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, Lebon p. 448-452-660-718-755 ; AJDA 2017. 655<sup>3</sup>.

(56) CE, 10 oct. 2013, n° 359219, *Fédération française de gymnastique*, Lebon p. 251 ; AJDA 2014. 213<sup>4</sup>, chron. A. Bretonneau et J. Lessi<sup>5</sup> ; *ibid.* 2013. 1999<sup>6</sup> ; D. 2014. 396, obs. Centre de droit et d'économie du sport<sup>7</sup> ; Dr. adm. avr. 2014, p. 35, note Mauger ; JCP Adm. 2014.2166, note Baumard.

(57) CE, 16 déc. 2016, n° 393501, *Association de défense et d'entraide des personnes handicapées*, Lebon T. p. 628-898.

(58) CE, 18 nov. 2011, n° 332082 et 336634, *Escalas*, Lebon T. p. 734-972-1059-1093-1097 ; AJDA 2012. 568<sup>8</sup>.

(59) Par référence à vos jurisprudences *Section française de l'OIP* et *Fédération française de la gymnastique*, préc.

(60) CE, sect., 30 nov. 1990, n° 103889, *Association « Les Verts »*, Lebon p. 339<sup>9</sup> ; AJDA 1991. 155<sup>10</sup> ; *ibid.* 114, chron. E. Honorat et R. Schwartz<sup>11</sup> ; *ibid.* 2014. 101, chron. L. Touvet<sup>12</sup> ; RFDA 1991. 571, concl. M. Pochard<sup>13</sup>.

(61) CE, ass., 17 févr. 1950, n° 86949, *Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte*, Lebon p. 110<sup>14</sup> ; RD publ. 1951. 478, concl. J. Delvolvé, note M. Waline.

(62) Préc.

(63) N° 277280, *Marangio c/ Commune du Beausset*, Lebon p. 195 ; AJDA 2005. 1032<sup>15</sup> ; RDI 2005. 346, obs. P. Soler-Couteaux<sup>16</sup> ; RFDA 2005. 1024, concl. E. Glaser<sup>17</sup>.

(64) « Les annulations doivent, autant que possible, être constructives et (...) s'il n'est pas d'usage de retenir plusieurs moyens à la fois, mieux vaut retenir celui qui, ayant la portée la plus générale, est de nature à éclairer davantage l'administration (...) » (conclusions, parues à l'AJDA 1970. 34, sur CE, ass., 12 déc. 1969, n° 73969, *Heli de Talleyrand-Périgord*, Lebon p. 574<sup>18</sup>).

(65) CE, sect., 1<sup>er</sup> juill. 2016, n° 363047 et 363134, *Commune d'Emerainville et syndicat d'agglomération nouvelle de Marne-la-Vallée-Val-Maubuée*, et les lumineuses justifications qu'en donne V. Daumas dans ses conclusions, Lebon p. 291 ; AJDA 2016. 1365<sup>19</sup> ; *ibid.* 1859<sup>20</sup>, chron. L. Dutheillet de Lamothé et G. Odinet<sup>21</sup> ; AJCT 2017. 46, obs. O. Didriche<sup>22</sup> ; RFDA 2017. 289, concl. V. Daumas<sup>23</sup>.

(66) CE, sect., 19 juin 1981, n° 20619, *M<sup>me</sup> Carliez*, Lebon p. 274<sup>24</sup>.

(67) AJDA 2004. 963<sup>25</sup>.


(68) N° 240267, préc.

(69) P. 774.

(70) Dans sa note sous la jurisprudence *Alitalia* (RFDA 1989), O. Beaud relevait « Que le critère du légal et de l'illégal soit le critère en vertu duquel l'auteur d'un règlement a respectivement le pouvoir et le devoir d'abroger un texte semble être une solution conforme à l'esprit du principe de légalité qui est une « police du système juridique » (cette dernière expression étant d'Hauriou, note sous CE, 4 avr. 1914, *Gomel*, in *Notes d'arrêts*, Paris, Sirey, 1927, t. II, p. 375). À la réflexion, le réaménagement que nous proposons du triptyque *Alitalia/Avézard/Ponard* ne nous semble pas contredire cet esprit.





(71) V. le chef d'inopérance tenant à ce que le moyen concerne une question étrangère au litige dans l'étude de J-M. Auby, « Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative », *Dr. adm.*, I. Doctrine, janv. 1966, p. 5 à 13.


(72) CE, 18 nov. 2011, n<sup>os</sup> 332082 et 336634, *Escalas*, préc.

(73) v., pour un exemple très récent, CE, 7 mars 2018, n<sup>os</sup> 404079 et 404080, *M<sup>me</sup> Bloch*, à paraître au *Lebon* ; *RDI* 2018. 302, obs. M. Revert .

(74) V. l'historique qui en est retracé par le président Kahn dans ses conclusions préc. sur la décision *Dame Ginestet*.

(75) V. notamment F. Gazier, *Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950*, Études et documents, 1953, p. 77. Il y a aussi au regroupement une explication historique, tenant à ce que le recours pour excès de pouvoir moderne est issu de la fusion de deux institutions différentes, le recours pour excès de pouvoir proprement dit (incompétence et vices de forme) et le recours par voie contentieuse, c'est-à-dire pour violation de la loi, réunis vers la fin du Second Empire (Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, tome II, p. 976 s.).

(76) CE, sect., 25 janv. 1957, *Sieur Keinde Serigne*, *Lebon* p. 63 ; CE, ass., 23 oct. 1964, *Commissaire du gouvernement près la commission régionale des dommages de guerre de Bordeaux c/ Depo*, *Lebon* p. 487 ; CE, ass., 13 juill. 1968, n<sup>o</sup> 71651, *Moreau*, *Lebon* p. 441  ; CE, sect., 30 avr. 1976, n<sup>o</sup> 95995, *Lacorne*, *Lebon* p. 224  ; CE, 8 déc. 1991, *Cierco*, *Lebon* p. 419 ; CE, 17 nov. 2010, n<sup>o</sup> 320827, *Société Arthus consulting*, *Lebon* ; *AJDA* 2011. 337 , concl. M. Vialettes .

(77) V. pour le renoncement à qualifier d'incompétence l'omission de consultation du Conseil d'État, CE, 28 déc. 2009, n<sup>o</sup> 312314, *Syndicat de la magistrature*, *Lebon* T. p. 603-604-606-608-819 ; *AJDA* 2010. 862  ; pour la réitération, après ce revirement, du caractère d'ordre public du moyen, CE, 17 juill. 2013, n<sup>o</sup> 358109, *Syndicat national des professionnels de santé au travail et autres*, préc.

(78) Avec cette bizarrerie consistant à faire de même s'agissant de l'omission de consultation obligatoire du Conseil d'État (*Syndicat national des professionnels de santé au travail et autres*, préc.). Si vous entendiez vous inscrire en pleine cohérence avec cette jurisprudence, il faudrait faire passer la ligne de partage non pas entre incompétence et forme et procédure, mais entre vices de légalité externe d'ordre public et les autres. Si nous ne privilégions finalement pas cette *summa divisio*, qui a pourtant ses avantages, c'est sans doute parce que nous pensons que le classement du défaut de consultation du Conseil d'État du côté des moyens d'ordre public n'est pas logique, mais purement nostalgique...

(79) Sur l'ensemble de ces points, on se référera à l'étude de la Société de législation comparée consacrée à *L'acte administratif à portée générale et son contrôle juridictionnel* : étude comparative, 22, 2015, p. 117-

137, 2015 et à l'article de J. Ziller, « Le contrôle du pouvoir réglementaire en Europe », AJDA 1999. 635<sup>1</sup>.

(80) V. aussi R. Arnold, « Le contrôle juridictionnel des décisions administratives en Allemagne », AJDA 1999. 658<sup>1</sup>.

(81) V. aussi A. Massera, G. Colombini, « Le contrôle des décisions administratives en Italie - », AJDA 1999. 668<sup>1</sup> et F Lafarge, « Le contrôle des décisions de l'administration en Italie », AJDA 1999. 678<sup>1</sup>.

(82) Injonction de faire ou de ne pas faire (*mandatory order*) ; interdiction d'agir pour le futur (*prohibiting order*) ; annulation rétroactive (*quashing order* ou *order of certiorati*) ; déclaration (*declaratory order*) ; octroi de dommages et intérêts ; demande de nouvelle décision (*default powers*).

(83) v. CJUE, 28 juill. 2016, aff. C-379/15, *Association France Nature Environnement c/ Premier ministre et ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie*, AJDA 2016. 1541<sup>1</sup> ; *ibid.* 2226<sup>1</sup> ; *ibid.* 2209, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser<sup>1</sup>, note Olga Mamoudy<sup>1</sup> ; D. 2016. 1701<sup>1</sup> ; RTD eur. 2017. 297, obs. P. Thieffry<sup>1</sup> ; *ibid.* 400, obs. L. Coutron<sup>1</sup> ; Rev. UE 2016. 449, édito. F. Chaltiel<sup>1</sup> ; CE, 3 nov. 2016, n° 360212, *Association France Nature Environnement*, Lebon p. 447 ; AJDA 2016. 2136<sup>1</sup> ; RTD eur. 2017. 333, obs. A. Bouveresse<sup>1</sup> ; CE, ass., 19 juill. 2017, n° 370321, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie*, Lebon p. 255 ; AJDA 2017. 1477<sup>1</sup> ; *ibid.* 1879<sup>1</sup>, chron. G. Odinet et S. Roussel<sup>1</sup> ; RFDA 2017. 1099, note S. de La Rosa<sup>1</sup> ; RTD com. 2017. 853, obs. F. Lombard<sup>1</sup>.

(84) CE, 27 févr. 2015, n° 380489, *Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) c/ M. Zeqiri*, Lebon T. p. 561-835 ; AJDA 2015. 1399<sup>1</sup>.

(85) CE, 10 juin 1992, n° 70725 et 70932, *Syndicat national des cadres techniques de l'institut national de la propriété industrielle et Syndicat national (CFDT) des personnels des ministères chargés de l'industrie, de la recherche, de l'énergie, du commerce et de l'artisanat*, Lebon p. 226<sup>1</sup>, pour les emplois de catégorie A et B ; CE, 12 févr. 1993, n° 93107 et 93132, *Syndicat CFDT des personnels des ministères chargés de l'industrie, de la recherche, de l'énergie, du commerce et de l'artisanat et Syndicat national des cadres techniques de l'institut national de la propriété industrielle*, Lebon T. p. 817-842<sup>1</sup>, étendant la solution aux emplois de catégorie B et D.

(86) Dans ses conclusions sur l'affaire *Syndicat national des cadres techniques de l'INPI et syndicat national CFDT des personnels des ministères chargés de l'industrie, de la recherche, de l'énergie, du commerce et de l'artisanat*, préc., S. Lasvignes relevait déjà que « quelle que soit l'imprécision du critère légal, nous pensons que si une exception au mode normal de recrutement est possible, ce doit être justement lorsque l'administration doit, pour accomplir sa tâche, appréhender une matière d'une particulière technicité et qu'elle ne peut aisément trouver les compétences dont elle a besoin à cet effet dans les corps de fonctionnaires existants ».

**RFDA 2018 p.662****La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires - Contre ¶(1)**

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

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

1. Un admirable courant jurisprudentiel avait abouti à nous libérer de la tyrannie du délai de recours en annulation contre les actes réglementaires. La plus grande latitude avait été offerte à tous d'en exciper l'illégalité à l'occasion de litiges nés de leur application individuelle, puis d'en imposer l'abrogation sans limite. C'était l'un des plus grands progrès juridiques accomplis au cours des cinquante dernières années, et ce pour une raison simple : tout cela prend le justiciable où il est, comme il est, dans la réalité la plus quotidienne de sa vie et de son état, au moment où il se décide à entreprendre une démarche contentieuse pour les raisons qui sont, à nouveau, les siennes et sur la dignité ou l'importance desquelles personne ne prétend avoir de titre à statuer ¶(2). Pour le dire d'un mot, le Conseil d'État avait cherché (et réussi) à offrir par là une garantie effective et concrète aux droits de l'homme ordinaire. Or rien n'est plus satisfaisant dans un pays qui s'est voué aux exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et a même conçu ainsi qu'il n'aurait pas eu de (vraie) Constitution si cette garantie n'avait pas été accordée à chacun.

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

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

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

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

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

ce qui touche aux droits des travailleurs dans le Préambule de 1946.

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

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

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

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

9. Le Conseil d'État manque donc bizarrement de « réalisme » en préférant fermer toutes les écoutilles et en bornant l'espace de la discussion possible du vice de procédure au cadre du recours en annulation intenté dans le délai<sup>(5)</sup>. De fait, il a renoncé à considérer les situations dans lesquelles l'hésitation est permise sur le point de savoir si cet espace suffit à garantir les droits du justiciable. Or il en est - et finalement d'assez nombreuses - dans lesquelles cette garantie se vérifie inexistante ou illusoire si l'on y regarde de plus près.

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

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

9.3. Le « réalisme » commande aussi d'accepter - et pas seulement de voir - qu'un individu *lambda* peut

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

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

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

**12.** Dans le *benchmarking* où nous sommes entre juridiction administrative et judiciaire ; dans cette ambiance faussement feutrée où l'on se jalouse beaucoup et où on se poignarde pas mal, il faut souhaiter que le Conseil d'État conserve, si j'ose dire, un certain *leadership* : quant au sérieux et à la sophistication de ses méthodes de travail, quant aux mécanismes de discipline et de contrôle interne qu'il a su mettre en oeuvre, mais aussi quant au fond de son travail. Personne n'a rien d'enviable à gagner à ce qu'il retourne, si peu que ce soit, dans le genre de thébaïde qu'avait visitée le Huron de la fable. Nous avons besoin qu'il se mette à la place du justiciable avant de décider quoi que ce soit. Qu'il le fasse toujours et qu'il le fasse pour de bon. Sans déréalisation ni idéalisation. Sans fard ni fausse bonne conscience.

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

#### Mots clés :

**ACTE UNILATERAL** \* Acte administratif \* Abrogation d'un acte administratif \* Recours contre le refus d'abroger un acte réglementaire \* Illégalité des règles fixées par l'acte réglementaire \* Vices de forme et de procédure

**CONTENTIEUX** \* Procédure administrative contentieuse \* Pouvoirs et devoirs du juge \* Contrôle du juge de l'excès de pouvoir \* Exception d'illégalité \* Recours contentieux \* Recours pour excès de pouvoir \* Moyen inopérant

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

(2) Mettons évidemment à part le cas du recours abusif et la personne du quérulent processif. Et souvenons-nous qu'il n'y a pas de « petit litige » dans l'esprit de celui qui s'y trouve engagé. Les causes les moins sophistiquées, juridiquement parlant, voire les moins nobles, ont la même aptitude que les autres à pourrir la vie (toute subjective) des gens.

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

(4) Le Conseil d'État l'écrivait lui-même d'excellente façon : « [...] si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer,

en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie ; que l'application de ce principe n'est pas exclue en cas d'omission d'une procédure obligatoire, à condition qu'une telle omission n'ait pas pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte » (CE, ass., 23 déc. 2011, n° 335033, *Danthony*, Lebon p. 649 ; *GAJA* n° 112 ; *AJDA* 2012. 7 ; *ibid.* 195, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; *ibid.* 1484, étude C. Mialot ; *D.* 2013. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seséke, N. Joubert et K. Parrot ; *AJDI* 2014. 16, étude S. Gilbert ; *ibid.* 2015. 25, chron. S. Gilbert ; *ibid.* 2016. 27, étude S. Gilbert ; *ibid.* 2017. 26, étude S. Gilbert ; *AJCT* 2015. 388, étude R. Bonnefont ; *RFDA* 2012. 284, concl. G. Dumortier ; *ibid.* 296, note P. Cassia ; *ibid.* 423, étude R. Hostiou).

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

(6) Le signal auquel je pense au premier chef est celui qui s'adresse au justiciable, mais on peut aussi s'interroger sur la pertinence du message que le Conseil d'État envoie aux administrations, à qui il est tout de même offert de se risquer à quelques calculs tactiques assez discutables quant à l'opportunité de respecter scrupuleusement (ou pas) la procédure consultative. Il va devenir tentant de se dire, parfois, que tout danger de mise en cause au contentieux sera écarté deux mois après la publication de l'acte et que le jeu en vaut la chandelle. Pour un responsable public, dans les domaines à faible imprégnation associative ou syndicale, il n'est donc plus forcément aberrant de s'affranchir des règles de procédure, considérant la faiblesse du danger d'avoir des comptes à rendre à ce propos...

**RFDA 2018 p.665****La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires - Des arguments pour ? (1)****Conseil d'État, assemblée, 18 mai 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, n° 414583****Pierre Delvolvé, Membre de l'Institut, professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)**

Les réactions à l'arrêt *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT* du 18 mai 2018 sont si négatives même lorsqu'elles sont exprimées sans agressivité, comme celle de Denys de Béchillon, qu'il est difficile d'essayer de lui trouver une justification : comment admettre que les vices de forme et de procédure d'un acte réglementaire ne puissent plus être invoqués à l'expiration du délai du recours pour excès de pouvoir alors qu'il est de principe que l'illégalité d'un tel acte peut toujours être invoquée à l'occasion de son application (24 janvier 1902, *Avézard* ; 29 mai 1908, *Poulin*) ou pour en demander l'abrogation (3 février 1989, *Alitalia*) ?

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

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

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

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

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

même, à l'occasion d'un recours mettant en cause la légalité d'un acte réglementaire après l'expiration du délai de recours contre lui : le point 5 le dit expressément.

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

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

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

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

La solution se rapproche et aussi se distingue de la jurisprudence *Intercopie* (Sect., 20 février 1953) qui, rendue à propos du recours en cassation, s'applique tout autant au recours pour excès de pouvoir. C'est elle qui a distingué légalité externe et légalité interne en rendant irrecevables à l'expiration du délai de recours des moyens qui ne se rattacherait pas au type de légalité invoqué dans le délai. Ainsi, déjà, au titre de cette jurisprudence, un requérant qui n'aurait invoqué dans le délai de recours que des moyens de légalité interne, ne peut invoquer à l'expiration du délai, des moyens de légalité externe tenant à un vice de forme ou de procédure (par exemple, 12 février 1958, *Valade* ; 21 novembre 1962, *Faure* ; Ass., 13 juillet 1965, *Gauthier*). L'arrêt *Fédération CFDT* ne fait qu'appliquer à l'exception d'illégalité et à la demande d'abrogation ce qui est acquis depuis 65 ans, et qui n'est pas critiqué.

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

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

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

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

indirectement à l'accroître.

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


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

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

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

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

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

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

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

On pourra dire qu'ils ne se situent pas sur le même plan que l'arrêt *CFDT*, soit qu'ils se limitent à quelques aspects du recours contre les actes unilatéraux soit qu'ils se rapportent à des contentieux différents. Il n'en reste pas moins que, d'un point de vue général, ils ont limité la garantie du principe de légalité mais en conservant l'essentiel : la sanction des atteintes inadmissibles à la légalité. En cela ils ont montré qu'il y a des degrés dans l'illégalité.

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

Il reste une faille : celle des vices de procédure se rapportant aux garanties dont la jurisprudence *Danthony* a voulu assurer le maintien en passant outre le silence du législateur. Il fallait aussi en assurer le maintien, comme celui de l'incompétence, dans les vices de légalité externe pouvant encore être invoqués à l'expiration du délai de recours. L'arrêt nouveau aurait été cohérent avec les arrêts précédents. Il aurait reconnu une hiérarchie entre les vices de forme et de procédure, n'écartant que ceux qui sont mineurs et

que le temps peut faire oublier, et réservant les plus importants. En ne le faisant pas, c'est une double garantie qui est affectée : celle que constitue la procédure en cause, celle qu'assure le droit au recours. L'arrêt oublie que « la procédure est la soeur jumelle de la liberté ».

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

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

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

**Mots clés :**

**ACTE UNILATERAL** \* Acte administratif \* Abrogation d'un acte administratif \* Recours contre le refus d'abroger un acte réglementaire \* Illégalité des règles fixées par l'acte réglementaire \* Vices de forme et de procédure

**CONTENTIEUX** \* Procédure administrative contentieuse \* Pouvoirs et devoirs du juge \* Contrôle du juge de l'excès de pouvoir \* Exception d'illégalité \* Recours contentieux \* Recours pour excès de pouvoir \* Moyen inopérant

(1) V. les conclusions d'A. Bretonneau, RFDA 2018. 649<sup>III</sup> et la note de D. de Béchillon, RFDA 2018. 662<sup>III</sup>.

(2) N° 372131, Lebon p. 650 ; AJDA 2016. 1488<sup>III</sup>.