

RFDA 2018 p.109**Jurisprudence *Danthony* : théorie des moyens inopérants, des formalités non substantielles ou des vices non substantiels ?**

Stéphanie Douteaud, Docteur en droit, enseignante contractuelle à l'Université de Grenoble Alpes, membre associé au Laboratoire Pau Droit public

Est-il encore besoin de présenter la jurisprudence *Danthony* ⁽¹⁾ ? Autorisons-nous un bref rappel.

Par deux arrêts éponymes rendus le 23 décembre 2011, l'assemblée du Conseil d'État et la section du contentieux ont dégagé une règle destinée à priver d'efficacité une partie des moyens de légalité externe, en jugeant que « si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et les 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 ». Les deux formations de jugement ont ensuite délimité le champ d'application de la technique juridictionnelle en ces termes : « 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 ».

Voici le mécanisme juridictionnel précisé. En somme, il consiste à mesurer la nocivité du manquement procédural relevé, systématiquement ⁽²⁾, et quelle que soit la formalité inobservée. Trois configurations sont susceptibles de se présenter au juge. S'il s'avère que la méconnaissance de la règle de forme est constitutive d'un vice d'incompétence, le moyen prospère, l'acte est *ipso facto* considéré comme vicié. Dans l'hypothèse inverse, deux cas de figure doivent être distingués : il se peut d'abord que l'omission ait été sans conséquence sur le sort des destinataires de la mesure querellée. Il se peut ensuite qu'elle ait pu l'affecter, en ce sens que, sous l'effet de la violation de la règle de forme, le dispositif de l'acte ait été susceptible de se modifier, ou bien que les administrés concernés par l'acte se soient vus privés d'une garantie.

La solution arrêtée apporte une réponse au formalisme grandissant qui caractérise le régime de l'élaboration des actes administratifs. Le procédé imaginé s'insère parfaitement dans le mouvement jurisprudentiel de stabilisation préventive des actes administratifs, puisqu'en dépit de l'imperfection de l'acte critiqué, il aboutit au rejet du moyen de légalité externe. La stabilisation des actes administratifs attaqués devant le juge suppose que celui-ci ait à sa disposition des techniques juridictionnelles dont la fonction est de maintenir l'acte en litige, nonobstant la présence d'un défaut juridique. Le juge administratif est désormais pourvu de procédés propres à atteindre cet objectif et susceptibles de produire leur effet aux différents stades de l'instance. Les procédés préventifs portent sur la phase d'examen juridictionnel *stricto sensu* et ont vocation à réduire le périmètre du débat contentieux, pour maîtriser la mise en évidence d'un vice. Ils précèdent chronologiquement les procédés palliatifs auxquels il n'est recouru que dans l'hypothèse où l'acte a été reconnu vicié. Leur objet est d'assurer la conservation temporaire ou définitive de l'acte irrégulier au sein de l'ordre juridique. La jurisprudence *Danthony* n'est évidemment pas étrangère à ce phénomène. Le dispositif qu'elle véhicule s'inscrit dans cette démarche. Il autorise le juge à neutraliser les effets normalement attachés à une imperfection juridique.

Reconnaissons que le contexte se prêtait à l'inauguration d'un tel procédé. La première décennie de l'an 2000 s'est illustrée par la promotion de la sécurisation contentieuse des actes déferés devant le juge administratif. Le juge de l'excès de pouvoir a renouvelé tant le régime de l'examen des motifs des décisions administratives ⁽³⁾ que celui de l'annulation juridictionnelle ⁽⁴⁾ en leur imprégnant une nette orientation stabilisatrice. Simultanément, le contentieux de la validité des contrats s'est restructuré autour d'une logique binaire : élargissement de l'accès au juge, diversification des techniques juridictionnelles destinées à préserver le contrat querellé ⁽⁵⁾. La légalité formelle restait toutefois en marge de ce mouvement de redéfinition des conditions d'appréciation de la validité des actes administratifs. Le président D. Labetoulle le signalait en 2007 ⁽⁶⁾. En 2009, le législateur s'est saisi de la question. La loi de simplification du droit adoptée plus d'un an plus tard définit un nouveau cadre d'examen des moyens tirés de l'imperfection

formelle de l'acte en litige⁽⁷⁾. La même année, le Conseil d'État consacrait une partie de son rapport annuel à la question de la sanction des vices de procédure⁽⁸⁾.

C'est dans ce climat favorable qu'est née la jurisprudence *Danthony*. Plus de cinq années se sont écoulées depuis. Bien des choses ont été dites⁽⁹⁾. Des bilans ont été dressés⁽¹⁰⁾. Des mises en perspective dans des domaines spécialisés ont été proposées⁽¹¹⁾. Tout aurait déjà été dit. Reste qu'une question mérite encore quelques éclaircissements. C'est celle de la nature de la technique juridictionnelle à l'oeuvre. Quel procédé classique du contentieux administratif se dissimule derrière le « considérant » de principe ?

Le contentieux administratif est un système processuel organisé. Il s'articule autour de deux régimes relativement stables et repose sur des techniques désormais identifiées. Celles-ci rythment la progression de l'instance : recevabilité, examen juridictionnel à proprement parler, sanction éventuelle. Mais le contentieux administratif se singularise aussi par une forme d'approximation lexicale. Son langage n'est pas toujours spécifié. Le juge fait preuve d'une certaine tolérance dans l'emploi des termes désignant un même élément de l'instance. C'est ainsi, par exemple, que les termes d'« illégalité », d'« irrégularité » ou de « vice » sont indifféremment utilisés⁽¹²⁾. Cette tolérance n'est pas un défaut : s'abstraire des catégories juridiques trop rigides garantit la plasticité des solutions jurisprudentielles. Mais elle dilue le schéma organisationnel du contentieux. Ces dernières années, lorsqu'il a modifié le régime d'un élément de l'instance, le juge a privilégié la contextualisation au dogme juridique en recourant à de grands énoncés pédagogiques. Mais à bien y regarder, ces formules générales peuvent être rattachées à une technique contentieuse traditionnelle. Tel est le cas notamment dans l'arrêt *SMIRGEOMES* ⁽¹³⁾. La règle posée dans cette affaire n'est ni plus ni moins qu'une application particulière de la théorie des moyens irrecevables.

Qu'en est-il de la jurisprudence *Danthony* ? Est-elle une déclinaison d'un procédé ancien, connu du contentieux administratif ou bien constitue-t-elle une technique inédite ?

Disons-le tout de suite, malgré la solennité qui a entouré sa consécration, l'arrêt *Danthony* n'est pas une pure nouveauté. Il n'a pas accouché d'un nouvel outil juridictionnel. Ce dernier peut être juridiquement qualifié par référence à une technique classique du contentieux administratif.

Pourquoi mener une telle entreprise ? Pour au moins deux raisons.

D'une part, parce qu'il faut déterminer la nature du procédé en cause pour répondre à une exigence de clarification et de lisibilité du contentieux administratif. Privilégiant une approche pragmatique des litiges qui lui sont soumis (pour des motifs qu'il ne s'agit pas de contester), le juge relègue la cohérence du contentieux au second plan. Celle-ci existe pourtant. Pour la découvrir, il faut s'efforcer de spécifier le langage processuel et de mettre en évidence l'existence des techniques utilisées, lorsque celles-ci se dissimulent derrière un énoncé circonstancié. C'est à cet effort que cette étude entend participer⁽¹⁴⁾. De surcroît, l'identification de la technique juridictionnelle étudiée ne poursuit pas un but exclusivement théorique, guidée par une excessive rigueur conceptuelle. De la qualification retenue résultent des effets différents sur le traitement du moyen, notamment au regard de la motivation du rejet. Si le moyen écarté sur le fondement de la jurisprudence est un moyen inopérant, il peut être rejeté par préterition ; s'il est éliminé du débat au regard d'un autre procédé, le juge doit motiver sa décision.

D'autre part, parce que la doctrine se divise encore sur la nature de la technique qui se dissimule sous la sibylline formule du considérant type de la décision *Danthony*. Quelques-uns y voient une manifestation de la théorie des formalités non substantielles⁽¹⁵⁾. Pour d'autres, c'est de la théorie de l'inopérance qu'il s'agit ⁽¹⁶⁾. La grande majorité des auteurs optent pour la théorie des vices non substantiels⁽¹⁷⁾ mais font l'économie d'une démonstration pourtant nécessaire pour emporter conviction.

Exerçons-nous alors à découvrir la technique mise en oeuvre⁽¹⁸⁾. Sa nature interroge. Définir avec précision l'origine de la jurisprudence *Danthony* est moins évident qu'il n'y paraît. D'une part, parce que le rapporteur public ne l'a pas mentionnée dans ses conclusions⁽¹⁹⁾. D'autre part, parce que la rédaction de l'arrêt emprunte des éléments constitutifs à plusieurs techniques voisines. Une rapide lecture peut conduire à se méprendre et à conclure que le Conseil d'État a ravivé la théorie des moyens inopérants ou celle, plus ancienne encore, des formalités substantielles. Il n'en est rien. C'est bien de la théorie des vices substantiels qu'il s'agit.

Exclusion de la théorie des moyens inopérants

La technique juridictionnelle issue de la jurisprudence *Danthony* n'est-elle qu'une déclinaison de l'inopérance ? La question mérite d'être posée. Certains spécialistes du contentieux administratif défendent cette position ⁽²⁰⁾. Il faut dire que de sérieuses raisons invitent à penser que le juge parvient à neutraliser le manquement procédural en frappant le moyen d'inopérance. Mais elles n'emportent pas conviction.

Les points de convergence

Les points de convergence entre la technique issue de l'arrêt *Danthony* et la théorie des moyens inopérants sont multiples. Il est toutefois envisageable de les rassembler dans deux catégories. Il y a d'abord des éléments de ressemblance de nature textuelle, il y a ensuite indéniablement une similarité dans le mode de raisonnement adopté par le juge pour évaluer la capacité du moyen à prospérer.

Une convergence rédactionnelle

La lecture du texte ⁽²¹⁾ qui a inspiré le Conseil d'État alimente l'idée selon laquelle la nouvelle technique jurisprudentielle n'est ni plus ni moins qu'une variante de la théorie des moyens inopérants. La formule finalement retenue par la Haute juridiction administrative laisse elle aussi cette impression.

La rédaction de la proposition de loi à l'origine de la loi du 17 mai 2011

La règle jurisprudentielle posée dans l'arrêt *Danthony* est directement inspirée de l'article 70 de la loi du 17 mai 2011 ⁽²²⁾. Ce dernier puise ses origines dans l'article 35 de la proposition de loi initiale qui était ainsi rédigé : « seules les irrégularités susceptibles d'exercer une influence sur l'avis rendu par l'organisme consulté peuvent être invoquées à l'encontre de la décision » ⁽²³⁾. L'emploi du terme « invoquer » n'est pas justifié par l'auteur de la proposition de loi et n'a pas été interrogé au cours des débats législatifs ⁽²⁴⁾.

Or le recours au verbe « invoquer » a de quoi tromper. En contentieux, l'« invocation » se rapporte à une étape précise de la procédure. Elle a trait à l'ouverture du débat ; elle intéresse le stade de l'instance qui précède celui de l'examen du bien-fondé. Parler d'invocation des moyens, c'est viser les règles qui président à l'introduction d'un moyen au sein de l'instance. Le régime de l'invocation des moyens définit l'ensemble des conditions à satisfaire pour réussir l'étape préalable à l'examen des arguments juridiques du requérant. Parmi les conditions de fond, le juge exige que le moyen soit à la fois opérant et recevable. Ainsi, l'emploi du terme « invoqué » dans la proposition de loi fait naître une intuition chez le spécialiste du contentieux : le juge administratif devra traiter le procédé législatif sur le terrain de l'opérance ou de la recevabilité.

À cela s'ajoute la circonstance que le texte de la proposition de loi mentionne l'expression « sans incidence sur la légalité des décisions prises ». Comment ne pas faire le parallèle avec la technique des moyens inopérants ? D'après le juge administratif et le juge de l'Union européenne, le propre d'un moyen privé d'opérance est en effet de n'exercer aucune « influence possible sur l'issue du litige » ⁽²⁵⁾. Le professeur A. Ciaudo a d'ailleurs insisté sur l'importance que revêt « l'influence » ou « l'incidence » du moyen allégué « sur le litige » dans la définition jurisprudentielle des moyens inopérants ⁽²⁶⁾.

La rédaction de l'article 35 du texte initial avait de quoi tromper les observateurs avertis du contentieux administratif. La proximité des expressions suscitait la confusion. La piste de la théorie de l'inopérance pouvait légitimement apparaître comme une piste sérieuse. On comprend alors que le professeur P. Cassia ait cru voir une de ses manifestations dans le dispositif légal inspirateur de la jurisprudence *Danthony*. Dans une étude publiée en 2010, il s'inquiétait en effet de voir le juge « [rendre] en pratique largement inopérants les moyens dirigés contre les conditions de [l']élaboration » des actes administratifs ⁽²⁷⁾.

La rédaction du considérant de principe

L'arrêt *Danthony* n'a pas dissipé les doutes que le texte à l'origine de la loi du 17 mai 2011 avait semés. L'assemblée du contentieux du Conseil d'État a étendu le bénéfice du dispositif établi par la loi en ces termes : « 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 ».

Exit la référence à l'« invocation » du vice. Voilà donc qu'un facteur de confusion disparaît. Mais la thèse des moyens inopérants n'est pas écartée pour autant.

Elle reste probable dès lors que le Conseil d'État considère que l'imperfection juridique dénuée d'efficacité est celle qui n'est « pas de nature à entacher la légalité de la décision », expression proche de celle de moyen « sans influence sur l'issue du litige », typique des moyens inopérants. C'est d'ailleurs cette proximité rédactionnelle qui convainc le professeur F. Poulet d'analyser la jurisprudence *Danthony* à la lumière de la théorie de l'inopérance³² (28).

En outre, l'assemblée a assorti le « nouveau » procédé contentieux d'une exception identique à celle qui grève la technique de l'inopérance. Elle exclut en effet le bénéfice du mécanisme quand la formalité omise a privé le requérant d'une garantie. Or, lorsque la déclaration d'inopérance est consécutive à l'application de la théorie de la compétence liée, le juge écarte les moyens de légalité dirigés contre l'acte litigieux. Le Conseil d'État déroge à cette règle dans un cas particulier : le moyen retrouve son caractère opérant chaque fois que la formalité méconnue constituait pour le réclamant une garantie dont il ne peut être privé. C'est ce qui ressort implicitement des arrêts *Sieur Jacquemin* et *Faugeroux*³³ (29). Le Conseil d'État y juge que « même si la commission régionale était tenue de rejeter la demande de M. Faugeroux, celui-ci ne remplissant pas d'après les pièces du dossier les conditions de la dispense du service national, l'examen de son dossier par ladite commission constituait pour l'intéressé une garantie dont il n'était pas possible de le priver ». La proximité entre cette motivation et celle de l'arrêt rendu en 2011 est indéniable. L'exception qui affecte la règle selon laquelle les moyens dirigés contre un acte émis par une autorité tenue de se prononcer dans un sens prédéterminé sont inopérants³⁴ (30), a de quoi induire en erreur en particulier lorsqu'elle est conjuguée à la relation que le président Odent a établi entre inopérance et formalité non substantielle. On comprend alors qu'à la lecture de l'arrêt *Danthony*, l'observateur de la jurisprudence administrative se méprenne sur la nature de la technique juridictionnelle en cause, tant le rapprochement avec la théorie de l'inopérance s'impose.

Une convergence méthodologique

À bien y regarder, la méthode employée pour déterminer, ici le caractère opérant du moyen, là si le défaut procédural dénoncé entache « d'illégalité la décision prise », est la même. Le raisonnement juridictionnel est identique, quelle que soit la technique considérée.

En premier lieu, le juge administratif s'interroge concrètement sur le manquement allégué. Invariablement pour éliminer un moyen au motif que celui-ci est « insusceptible d'exercer une influence » sur l'issue de la contestation, le juge prend en considération les données propres au litige. Le professeur F. Poulet a démontré dans sa thèse que la déclaration d'inopérance est, sauf exceptions « largement minoritaires », consécutive à l'examen des « données factuelles et juridiques de l'affaire »³⁵ (31). La technique juridictionnelle renouvelée par l'arrêt *Danthony* exige de procéder d'une façon similaire. L'arrêt énonce que le manquement procédural n'affecte la régularité de la décision querellée que s'il a exercé une influence sur le sens de cette dernière ou s'il a conduit à ce que le destinataire de la mesure soit privé d'une garantie. Seule une approche concrète des circonstances dans lesquelles l'imperfection dénoncée est intervenue autorise à tenir le moyen pour inoffensif, y compris lorsque la critique est relative à la privation d'une garantie³⁶ (32).

En second lieu, pour déterminer s'il faut ou non attacher des conséquences au défaut de conformité allégué, le juge recourt à une fiction. Dans le cadre de l'utilisation de la technique issue de la jurisprudence *Danthony*, il envisage, selon le cas, le sens que l'acte aurait vraisemblablement revêtu, ou bien les avantages dont les intéressés auraient bénéficiés si l'administration avait convenablement accompli la formalité omise. Le Conseil d'État intime en effet au juge de mesurer les conséquences de la violation alléguée en s'interrogeant sur ce qu'aurait été l'acte et, surtout, sur ce qu'aurait été la situation du demandeur si l'administration s'était correctement pliée à ses obligations. Il s'efforce de reconstruire le raisonnement de l'auteur de l'acte en litige (un peu à la manière du juge qui neutraliserait un motif irrégulier d'une décision³⁷ (33)). La mise en oeuvre du procédé juridictionnel conduit le juge à une fiction, exactement comme il le fait lorsqu'il détermine le caractère opérant du moyen. Analysant le moyen au prisme de la théorie de l'inopérance, le juge se livre à une appréciation prospective. Il appréhende les effets probables que le moyen produirait sur le sort du réclamant dans l'hypothèse où il serait bien-fondé. Dans un cas comme dans l'autre, le rejet du moyen résulte d'une évaluation fictive des conséquences produites par le manquement allégué. Autrement dit, chacun des procédés considérés amène le juge à anticiper l'effet du moyen invoqué.

La démarche du juge est identique, que la technique à l'oeuvre soit celle de l'inopérance ou celle issue de la jurisprudence *Danthony*. La similarité de la méthode employée favorise le rapprochement des deux

procédés et plaide en faveur de l'identification des moyens inopérants. Pourtant, cette thèse ne résiste pas à l'analyse.

L'impossible qualification du procédé par référence aux moyens inopérants

En dépit de leur indéniable proximité, les techniques étudiées ne peuvent être tenues pour identiques.

Une différence essentielle les oppose : la recherche du caractère opérant d'un moyen est une étape préalable à l'examen du bien-fondé du moyen, alors que la neutralisation du vice de procédure intervient, elle, précisément, au moment où le juge procède à la vérification du grief adressé par le demandeur. L'assemblée du contentieux du Conseil d'État juge que le manquement n'altère la régularité de l'acte contrôlé que si « le vice (...) 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 ». Deux enseignements ressortent de ce considérant.

D'une part, la violation de la règle de forme doit avoir été mise en évidence par le demandeur. La référence au « vice » implique que le juge ait constaté la transgression de la règle. Le stade de la seule allégation est dépassé lorsque le juge confronte l'acte contrôlé à la norme prétendument violée et en déduit qu'une contradiction existe. La référence au constat d'une « irrégularité » suffit à cerner le moment de l'instance auquel la technique juridictionnelle déploie ses effets. D'ailleurs, dans l'arrêt *Danthony*, l'assemblée caractérise l'imperfection du décret litigieux avant de se tourner vers le procédé neutralisant. En effet, le considérant de principe de la décision n'apparaît qu'après que le Conseil d'État a relevé que les délibérations des conseils d'administration des Écoles normales « n'ont pas été prises après avis préalables des comités techniques paritaires »¹³⁴. Les décisions rendues après le 23 décembre 2011 ne se sont pas départies de cette logique. Les références faites aux « pièces du dossier », aux « circonstances de l'espèce »¹³⁵ ou encore à « l'ensemble des circonstances de fait »¹³⁶, permettent de situer la place qu'occupe la technique au sein du procès. Le juge ne peut recourir au mécanisme issu de la jurisprudence *Danthony* qu'au moment d'examiner le bien-fondé du moyen tiré de la violation des conditions d'élaboration de l'acte. Cela implique que le moyen du saisissant ait été reconnu opérant et recevable.

D'autre part, il revient au juge d'appréhender les conséquences que le défaut juridique a produites sur la situation du réclamant. Or, et en tout état de cause, le juge ne peut évaluer l'effet du manquement qu'une fois ledit manquement relevé. Il est significatif à cet égard que le juge « s'assure que l'objectif en vue duquel a été imposée la règle méconnue a bien été atteint malgré la maladresse commise », pour déclarer que le manquement n'est pas substantiel¹³⁷. Les conséquences de l'accomplissement imparfait de la formalité sont nulles chaque fois qu'un événement postérieur compense le préjudice causé par l'omission initiale¹³⁸ (38). Cette vérification intervient inéluctablement au moment de l'instance où le bien-fondé du moyen est examiné.

L'application de la jurisprudence *Danthony* a définitivement abandonné la qualification d'inopérance. Les décisions rendues ces dernières années confirment que le manquement à la légalité procédurale est neutralisé au stade de l'examen du bien-fondé du moyen. En témoigne la circonstance que le juge estime que le moyen « doit être écarté », ou que le requérant « n'est pas fondé à soutenir » que la décision souffre d'un vice de procédure, expressions symptomatiques du rejet au fond¹³⁹. La technique neutralisante issue de l'arrêt *Danthony* est concomitante de l'examen du bien-fondé de la prétention du réclamant. Partant, elle ne peut être perçue comme une déclinaison des moyens inopérants. La seule circonstance que le juge n'impute aucun effet négatif à l'existence d'une imperfection ne saurait être considérée comme une preuve tangible de la mise en oeuvre de la théorie des moyens inopérants.

Se peut-il alors qu'il s'agisse d'une application de la théorie des formalités substantielles ? Nous ne le croyons pas non plus.

Exclusion de la théorie des formalités non substantielles

On ne saurait croire que l'assemblée du contentieux du Conseil d'État a entendu redonner vie à la théorie des formalités non substantielles. Reconnaissons que ce point prête davantage à discussion.

Distinguer les théories de la « formalité substantielle » et du « vice substantiel » n'est pas chose aisée. La confusion règne au sein de la doctrine publiciste¹⁴⁰, et ce en dépit des appels à clarification lancés quasi simultanément par B. Dacosta et par le président D. Labetoulle¹⁴¹. Il est vrai que, hormis quelques auteurs isolés, la majorité des spécialistes du contentieux administratif continue d'employer indifféremment « formalité » et « vice substantiel »¹⁴². Sans être accréditée par le Conseil d'État, cette proximité fut a

minima tolérée par le juge (et l'est sans doute encore). À défaut d'un vocabulaire juridique précis, on ne saurait taxer la doctrine de laxisme. Sans compter que la jurisprudence a longtemps fait cohabiter substantialité de la règle et substantialité de son manquement. L'habitude prise par le Conseil d'État avait de quoi décontenancer les observateurs. À ceux qui percevaient dans la jurisprudence la consécration de la théorie des formalités substantielles⁽⁴³⁾, s'opposaient ceux qui croyaient y voir celles des vices substantiels⁽⁴⁴⁾. Au-delà de cette querelle terminologique, la doctrine publiciste se divisait sur la nature du critère explicatif de la jurisprudence. Certains suggéraient que le régime de la légalité formelle reposait sur l'intérêt du bénéficiaire de la règle violée⁽⁴⁵⁾. Si la forme méconnue n'avait été édictée que dans l'intérêt de l'administration, alors elle n'était pas substantielle ; si, au contraire, elle l'avait été pour protéger les droits et les intérêts des administrés, elle devait être traitée comme une formalité substantielle. Quelques auteurs proposèrent d'expliquer le raisonnement du juge en tenant compte de l'existence d'une prescription à peine de nullité⁽⁴⁶⁾, ou encore du but qui intime d'accomplir la forme⁽⁴⁷⁾. Le président Laferrière réfuta ces classifications et fit de l'ampleur du manquement le critère exclusif de la substantialité de l'irrégularité. Cela déboucha sur une différenciation des formalités omises et des formalités imparfaitement accomplies⁽⁴⁸⁾. L'embarras s'installa durablement. Perplexe face à l'inconsistance de la jurisprudence, la majorité de la doctrine se désintéressa du critère distinctif⁽⁴⁹⁾ et prit l'habitude de définir la substantialité par rapport à son effet juridique : le prononcé ou l'absence de sanction devenait le véritable facteur d'identification du caractère substantiel d'un manquement à la légalité formelle⁽⁵⁰⁾. On parvint ainsi à cette situation répandue en contentieux administratif, dans laquelle une notion est définie par son régime⁽⁵¹⁾.

Cette apparente cacophonie n'a pas empêché la jurisprudence de faire son oeuvre. Les premières références aux « formalités substantielles » datent du XIX^e siècle et figurent dans les résumés des arrêts mentionnés aux Tables du Lebon⁽⁵²⁾, parfois dans le corps même des décisions⁽⁵³⁾. À compter du début du XX^e siècle, l'expression apparaît régulièrement dans les motifs des arrêts⁽⁵⁴⁾. Le Conseil d'État lui attribue dès lors une signification particulière : quand il qualifie une règle de « formalité substantielle », il indique que la norme prescrite est obligatoire. La formalité substantielle est alors synonyme de « formalité d'observation obligatoire, juridiquement sanctionnée ». Toutes les décisions rendues jusqu'au milieu du XX^e siècle en attestent⁽⁵⁵⁾. Parallèlement, la méthode d'appréciation de la substantialité de la formalité s'est dessinée : l'acte juridique émis en méconnaissance de la règle prescrite est voué à l'inefficacité. Nul besoin d'investigations supplémentaires. La qualification s'effectue au terme d'un contrôle purement objectif : soit la prescription a effectivement été accomplie, soit elle ne l'a pas été. Ce constat suffit à tirer des conséquences sur la validité de l'acte en litige. Le raisonnement juridictionnel s'articule en deux temps : « constat du défaut d'accomplissement de la formalité substantielle », « sanction ». Aucune étape intermédiaire ne s'intercale entre ces deux étapes. L'élément générateur de la sanction d'un acte administratif réside dans la transgression d'une règle que son auteur était tenu d'observer.

La jurisprudence contemporaine n'a pas bouleversé cet état du droit. Parmi les décisions publiées au *Recueil*, aucune ne s'éloigne de cette tendance jurisprudentielle. Chaque fois que le demandeur parvient à caractériser la méconnaissance d'une règle de forme substantielle, le juge sanctionne la décision adoptée, sans pousser plus loin l'analyse⁽⁵⁶⁾. L'intervention de la décision *Danthony* ne semble pas avoir apporté de modification. Les arrêts rendus après le 23 décembre 2011 maintiennent la ligne définie antérieurement⁽⁵⁷⁾. Le phénomène d'automatisme, selon lequel le constat de la violation de la règle entraîne la sanction de l'acte, perdure.

Cernée, la théorie des formalités non substantielles peut à présent être rapprochée de la technique juridictionnelle née de la jurisprudence *Danthony*. Malgré d'incontestables ressemblances, la confrontation des deux dispositifs se solde par le rejet de cette qualification.

Les points de convergence

Trois facteurs opacifient la frontière qui sépare le procédé stabilisateur « créé » en 2011 de la théorie des formalités non substantielles, de sorte que le doute s'installe : leur objet, leur régime juridique et la méthode d'examen de la substantialité du défaut identifié.

Une convergence d'objet

En premier lieu, il existe un irréductible dénominateur commun à la théorie des formalités non substantielles et au procédé issu de la jurisprudence *Danthony* : ces deux techniques contentieuses portent sur des moyens de légalité relevant de la même cause juridique. Comme son nom l'indique, la théorie des formalités non substantielles couvre les défauts qui affectent les règles de forme ; le champ d'application du procédé

jurisprudentiel inauguré en 2011 s'étend aux « vices affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable », autrement dit aux règles de procédure. Il n'aura échappé à personne que ces deux mécanismes relèvent des moyens de légalité externe.

Mais il y a plus encore. La doctrine autorisée en contentieux administratif nous apprend que vices de procédure et vices de forme peuvent être regroupés sous l'appellation fédératrice de « forme »⁽⁵⁸⁾ ou de « formalisme »⁽⁵⁹⁾. De ces notions dérive celle de « formalités ». À mesure que la théorie des formalités non substantielles s'est affinée, l'usage de ce terme a été réservé aux prescriptions procédurales⁽⁶⁰⁾. Il faut dire que les décisions de justice mettant en oeuvre la théorie des formalités non substantielles portent quasi exclusivement sur des manquements à la légalité procédurale⁽⁶¹⁾.

La jurisprudence contemporaine entretient elle aussi cette assimilation. Le Conseil d'État a explicitement exclu le bénéfice de la solution *Danthony* quand le moyen allégué critique la forme d'un acte administratif⁽⁶²⁾. Cette solution a eu pour effet d'aligner le champ d'application de la technique dégagée en 2011 sur celui de la théorie des formalités non substantielles. Chacun des procédés est désormais limité aux vices de procédure.

Mais surtout, nombre de décisions rendues par le Conseil d'État en application de la jurisprudence *Danthony* vise expressément la « formalité » pour désigner l'étape procédurale méconnue. Ont ainsi été qualifiées de « formalités » d'authentiques règles de procédure, telles que celle qui fait obligation à l'administration d'inviter un administré à prendre connaissance de son dossier⁽⁶³⁾, celle qui exige de recueillir un avis préalable⁽⁶⁴⁾, celle qui commande de publier un avis d'information au *Journal officiel* dans le cadre d'une procédure de changement de nom⁽⁶⁵⁾, ou encore, celle qui prévoit que les membres d'un organisme collégial doivent être informés par écrit des suites données à leur consultation⁽⁶⁶⁾. En employant le terme de « formalité » en qualité d'équivalent aux « vices de procédures » compris dans le champ du procédé *Danthony*, le Conseil d'État maintient une conception large des formalités administratives. Or la persistance de cette interprétation alimente la thèse de l'appartenance de la technique issue de *Danthony* à la théorie des formalités non substantielles. La lecture de la jurisprudence administrative peut légitimement donner le sentiment que les deux techniques contentieuses portent sur la même catégorie de manquement juridique et donc sur le même objet.

Une convergence de régime juridique

En second lieu, l'étude de la jurisprudence fait apparaître que la technique officialisée dans l'arrêt *Danthony* s'est inspirée du régime des formalités non substantielles.

Si quelques-unes des décisions de justice qualifient une règle de forme de formalité substantielle en raison de la « finalité »⁽⁶⁷⁾ qu'elle poursuit, ou au motif que cette dernière est prescrite « à peine de nullité »⁽⁶⁸⁾, d'autres se fondent sur la circonstance que la règle prévoit une garantie, essentielle à la protection des droits du destinataire de la mesure.

C'est en particulier le cas s'agissant de la mention qui doit figurer dans le procès-verbal adressé à l'administré faisant l'objet d'un retrait de points. De jurisprudence constante, « l'accomplissement de cette formalité substantielle, (...) constitue une garantie essentielle donnée à l'auteur de l'infraction pour lui permettre d'en contester la réalité et d'en mesurer les conséquences sur la validité de son permis »⁽⁶⁹⁾. Dans le même esprit, la règle selon laquelle l'avis de la commission compétente pour se prononcer sur une demande de mise en disponibilité est transmise à l'agent concerné est une formalité substantielle, parce qu'elle participe à l'exercice des droits de la défense du fonctionnaire⁽⁷⁰⁾.

Rappelons que dans l'arrêt *Danthony*, l'assemblée du contentieux du Conseil d'État autorise le juge à neutraliser le défaut juridique qui entache un acte lorsqu'il a la conviction que le manquement n'est pas susceptible d'avoir empêché le requérant de bénéficier d'une garantie. Or, si une formalité est « substantielle » lorsque sa violation a pour effet de priver le réclamant d'une garantie qui devait lui bénéficier, alors, quand l'omission n'a pas cet effet, la formalité est « non substantielle », et le juge refuse de tirer les conséquences découlant logiquement du principe de légalité. Les procédés considérés partagent ainsi un élément constitutif en commun. Difficile de ne pas voir un rapprochement entre ce procédé familier du contentieux administratif et celui que l'arrêt *Danthony* a consacré.

Une convergence méthodologique

En troisième et dernier lieu, les deux méthodes d'appréciation de la substantialité d'un défaut juridique

tendent à se confondre. Ce rapprochement résulte du dédoublement de la notion de « formalité non substantielle ». Entre 1968 et 2008, les arrêts référencés au *Recueil* et qui comportent une entrée « formalités non substantielles » ont progressivement donné naissance à deux catégories autonomes.

La première réunit des décisions qui attribuent à l'expression son sens originel. Dans ce cas, le juge suit son raisonnement binaire habituel. La formalité « non substantielle » est celle qui n'entraîne aucune conséquence sur la validité de l'acte attaqué lorsqu'elle n'est pas observée⁶¹ (71).

La seconde catégorie regroupe des décisions dans lesquelles le juge ne rejette le moyen du demandeur qu'après s'être assuré que le but poursuivi par la règle méconnue a été atteint par d'autres actions de l'administration⁶² (72). Le manquement est vidé de sa nocivité parce qu'il a effectivement été pallié ; la régularité de l'acte n'est pas entamée, parce que l'omission est demeurée sans incidence, dès lors que le but assigné à la règle violée a tout de même été satisfait. Deux différences opposent cette conception de la formalité non substantielle à la précédente. D'une part, l'analyse de la transgression relevée est contextualisée. D'autre part, le raisonnement juridictionnel n'est plus binaire mais ternaire : une étape intermédiaire s'intercale entre le constat de la violation alléguée et la privation d'effet de la mesure attaquée. Ce schéma est précisément celui que le juge met en oeuvre lorsqu'il recourt à la technique issue de *Danthony*. Dès lors, la tentation d'assimiler les deux procédés existe. Mais à l'examen, ceux-ci ne se superposent pas tout à fait.

L'impossible qualification du procédé par référence aux formalités non substantielles

Pour semblables qu'elles soient, les deux techniques ne sauraient être confondues. Certes, l'une et l'autre exigent du juge qu'il s'assure que le demandeur n'a pas été privé de l'exercice d'une prescription destinée à protéger ses droits. Certes, l'une et l'autre neutralisent un défaut né du non-accomplissement d'une règle de forme. Il n'en reste pas moins que d'irréductibles différences les distinguent.

Les champs d'application respectifs des procédés considérés ne se recoupent pas tout à fait. La théorie des formalités substantielles ne produit ses effets qu'à l'endroit des prescriptions obligatoires. Symétriquement, dans toutes les décisions signalées dans le *Recueil* par une entrée « formalité non substantielle », la règle méconnue devait obligatoirement être observée. La technique juridictionnelle posée par l'arrêt *Danthony* a un champ plus large : elle couvre aussi bien les formalités obligatoires que celles auxquelles l'administration décide de se conformer spontanément. L'arrêt énonce que le juge doit examiner les effets du manquement relevé, que celui-ci intervienne à l'occasion d'une procédure « suivie à titre obligatoire ou facultatif ». Autrement dit, le caractère obligatoire de la prescription procédurale est un élément indifférent pour le juge.

Par ailleurs, et il faut y insister, le juge ne suit pas le même raisonnement pour parvenir à déterminer la nocivité du manquement. La théorie des formalités non substantielles est exclusivement axée sur la question de savoir si la formalité litigieuse a été satisfaite ou non. L'opération intellectuelle repose sur une appréciation purement objective. Le juge se livre à un contrôle *in abstracto*⁶³ (73). Le résultat de cette vérification détermine la régularité de l'acte juridique. Dans le cadre de la jurisprudence *Danthony*, le seul constat de la violation de la légalité formelle est insuffisant. Autrement dit, le juge ne peut inférer de conséquences juridiques sur la validité de l'acte au seul motif qu'une règle de forme n'a pas été observée. La principale propriété du procédé imaginé en 2011 réside dans l'évaluation de l'effet du manquement sur la régularité de l'acte. La règle jurisprudentielle commande au juge de déterminer les effets concrets de l'omission sur la décision litigieuse. L'état de la validité n'est pas uniquement dépendant de la réponse apportée à la question de savoir si la règle a été observée. Il varie en fonction des conséquences que la transgression a provoquées. La mise en oeuvre de cette technique implique de s'écarter de la méthode objective pour intégrer une étape au cours de laquelle le juge examine la conséquence du manquement *in concreto*. Or, la théorie des formalités substantielles demeure largement exempte de considérations subjectives.

Si quelques-unes des décisions que nous avons relevées s'inscrivent dans cette logique, elles restent proportionnellement très minoritaires au sein de la jurisprudence. Par ailleurs, leur apparition coïncide avec l'éclosion de la théorie des vices substantiels. Les arrêts qui contextualisent l'appréciation de la formalité substantielle ont été rendus au cours d'une période transitoire, à une époque où le Conseil d'État abandonnait peu à peu la théorie classique au profit de celle des vices non substantiels. Le dédoublement de la méthode d'appréciation de la substantialité des formalités n'est que la conséquence de cette évolution jurisprudentielle. C'est pourquoi on ne peut sans extrapoler considérer que la théorie des formalités

substantielles accorde une place aux considérations subjectives.

Au surplus, l'assemblée du contentieux a rejeté la distinction fondée sur l'intensité de l'omission. Nulle référence n'est faite à une transgression complète ou partielle de la règle de forme prescrite. Le Conseil d'État a renoncé à établir une présomption en faveur de la violation pure et simple des formalités requises. Cet abandon n'est pas anodin. Il traduit un choix. Celui de rompre avec l'attachement traditionnel à une sorte de légalité abstraite pour ne prendre, comme point de départ de l'analyse, que les répercussions de la transgression.

La technique issue de l'arrêt d'assemblée du 23 décembre 2011 n'épouse pas la définition des formalités non substantielles. Aussi le doute qui a pu naître doit être dissipé. Tous les indices convergent vers la théorie des vices substantiels.

Identification de la théorie des « vices non substantiels »

En décortiquant l'arrêt *Danthony*, on parvient à la conclusion suivante : la technique contentieuse esquissée par l'assemblée du contentieux est celle des vices non substantiels.

Certains militaient déjà en sa faveur dès l'adoption de la loi de simplification du droit. L'amendement sénatorial qui a donné sa version définitive à l'article 70 de la loi de 2011 avait pour ambition de réserver le bénéfice de la technique aux « irrégularités substantielles »⁽⁷⁴⁾. Dans sa formation consultative, le Conseil d'État avait lui-même signifié sa préférence pour la théorie des vices non substantiels. Conformément aux prescriptions de l'article 39 de la Constitution, il fut saisi de la proposition de loi de simplification à l'origine du dispositif imaginé par le juge. À cette occasion, le Conseil d'État avait agréé le mécanisme tendant à ne retenir que les « irrégularités substantielles » au titre des défauts affectant la régularité d'un acte⁽⁷⁵⁾.

Statuant au contentieux dans l'affaire *Danthony*, le Conseil d'État s'est affranchi de la lettre du texte de la loi pour redessiner les contours du procédé en cause. Telle qu'elle se présente, la physionomie de la technique jurisprudentielle épouse les caractéristiques de la théorie du vice substantiel. Pour en faire la démonstration, il n'est pas inutile de revenir sur la définition du « vice non substantiel ». La confrontation au mécanisme esquissé par l'assemblée du contentieux du Conseil d'État conduit à conclure en faveur de cette qualification.

Mise en évidence des éléments constitutifs du « vice non substantiel »

La théorie des vices non substantiels est une création plus récente que celle des formalités non substantielles. Elle est née dans le giron de la seconde. Les formules utilisées par le Conseil d'État à partir des années 70 font état de l'imbrication originelle des deux théories : dans l'arrêt *Association des amis de l'Abbaye de Fontevraud*, généralement considéré comme le point d'ancrage de la théorie des vices substantiels, le Conseil d'État considérait par exemple que l'omission litigieuse ne pouvait être qualifiée de « vice de forme substantiel »⁽⁷⁶⁾.

Chacun des auteurs qui se sont aventurés à systématiser la jurisprudence relative aux formalités substantielles est parvenu à ce constat : jusqu'à la fin du XX^e siècle, le juge, en présence d'une formalité obligatoire, distinguait entre les manquements survenus selon leur intensité. Cela aboutissait à séparer l'omission totale (la formalité est totalement inexécutée) de l'omission partielle, c'est-à-dire l'accomplissement irrégulier de la formalité⁽⁷⁷⁾.

C'est le second cas de figure qui a posé les jalons de la théorie du vice non substantiel⁽⁷⁸⁾. Car, si dans le premier cas, le traitement juridique du manquement fut rapidement arrêté (la non observation d'une formalité obligatoire voue l'acte à l'annulation, en application de la théorie des formalités substantielles, ainsi que nous l'avons vu), la résolution de la seconde configuration conduit à déplacer le centre de l'examen juridictionnel. Il faut cesser de raisonner à partir de la règle de forme méconnue pour focaliser l'analyse sur le défaut juridique. Le changement de perspective autorise alors à adopter un mode de raisonnement axé sur la contrariété normative, propice à l'essor de la théorie du vice non substantiel. Désormais, « c'est donc bien l'illégalité qui est substantielle ou non »⁽⁷⁹⁾, non plus la formalité. Il est symptomatique d'ailleurs que la doctrine publiciste emploie des expressions telles qu'« irrégularité substantielle »⁽⁸⁰⁾, « illégalité substantielle »⁽⁸¹⁾ ou « condition substantielle »⁽⁸²⁾ pour désigner ce sur quoi le contrôle juridictionnel porte à ce moment de l'examen.

Quelles que soient les affinités terminologiques des auteurs, tous retiennent une unique conception du « vice non substantiel », que l'on peut résumer par deux propositions : l'appréhension du manquement est placée au coeur de l'analyse ; il s'agit de déterminer les conséquences concrètes du manquement. Privilégier la voie de la théorie du vice non substantiel, c'est se demander si la contrariété à la règle de forme « a ou n'a pas été la source d'une illégalité matérielle »⁸³.

Une fracture doctrinale se dessine lorsqu'il s'agit d'exposer le motif retenu par le juge pour déterminer le caractère substantiel de la violation relevée. Les auteurs qui ont tenté de définir ce procédé se divisent autour de deux éléments constitutifs.

La plupart d'entre eux s'accordent à reconnaître que le critère déterminant de cette technique réside dans la particularité du contrôle juridictionnel mis en oeuvre. Quand le juge raisonne en termes de substantialité du vice, il se livre à l'évaluation de l'incidence concrète de l'imperfection formelle sur l'acte discuté.

Le président Laferrière était de ceux-là. Il estimait que la théorie des vices substantiels se singularise par la nature des investigations menées par le juge administratif. Celui-ci recherche alors « si [l']omission ou [l']in correction a été ou non de nature à exercer une influence sur la mesure d'instruction »⁸⁴. Le professeur Berlia appartient également à cette frange doctrinale. Il défend l'idée selon laquelle le caractère substantiel de la transgression est arrêté « suivant que cette illégalité a modifié ou non la décision de fond intervenue » et définit le vice non substantiel comme celui qui « [reste] sans écho sur la solution de fond »⁸⁵ (85). Le procédé du vice non substantiel se caractérise par l'orientation de l'examen juridictionnel, le juge se demandant si le défaut constaté « a pu provoquer une décision de fond différente de celle qui serait intervenue dans l'hypothèse où la légalité formelle de l'acte aurait été parfaite »⁸⁶ (86). Autrement dit, la substantialité dépend de la capacité du manquement à altérer le fond de la mesure querellée. Si, aux termes de l'instruction, il n'est pas établi que la décision aurait été identique à celle finalement adoptée si la formalité omise avait bel et bien été respectée, le manquement est jugé substantiel ; l'acte est vicié.

La doctrine contemporaine continue de considérer que la spécificité du vice non substantiel réside dans la prise en compte des conséquences de la contrariété mise en évidence. Le président D. Labetoulle a fait de cette caractéristique l'une des manifestations les plus visibles de l'utilisation de la théorie du vice substantiel. D'après lui, lorsque le juge applique cette théorie, « ce sont les conséquences effectives qu'a eues le "vice" constitué par cette méconnaissance qui sont prises en considération dans une appréciation portée après coup et englobant l'ensemble des circonstances de l'espèce »⁸⁷ (87). Le professeur J.-F. Lafaix défend également cette position. Il soutient que lorsque le juge administratif « disqualifie » une irrégularité substantielle, il ne s'intéresse qu'« aux conséquences de sa violation »⁸⁸ (88). Le caractère obligatoire ou facultatif de la règle méconnue n'est plus au centre de l'examen juridictionnel. Pour les partisans de cette définition, l'élément constitutif du vice substantiel réside dans sa capacité à rejaillir sur la rectitude de l'acte dans lequel il est niché.

En l'état du droit jurisprudentiel, il n'existe pas de définition du vice substantiel (ou du vice non substantiel). L'étude des décisions utilisant l'expression conforte pourtant la définition soutenue par la doctrine majoritaire. Leur lecture dévoile que l'essor du vice substantiel s'est accompagné d'une altération sensible du traitement juridictionnel de l'irrégularité. Lorsque le juge administratif privilégie le « vice substantiel », il s'extrait de l'analyse objective et abstraite, commandée par la « formalité » substantielle, pour contextualiser le manquement, en mesurant son incidence sur la situation litigieuse. La lecture de certaines conclusions le confirme. Ainsi de celles du président J.-H. Stahl, concluant sur l'affaire *Ville de Lisieux* : « notre souci est d'éviter que la moindre illégalité entachant le processus de passation du contrat ne se traduise automatiquement par l'annulation rétroactive du contrat. Pour cela, on pourrait distinguer entre les illégalités substantielles et celles qui ne le sont pas »⁸⁹ (89). Ce sont les vertus que présente l'appréciation concrète du défaut procédural qui incitent J.-H. Stahl à suggérer à la section du contentieux d'autoriser l'utilisation de la théorie des « vices substantiels » en contentieux des contrats d'engagement d'agents publics.

La terminologie employée par le Conseil d'État atteste également de l'importance que revêt l'évaluation des effets de la contrariété relevée dans la définition du vice substantiel. Pour qualifier l'inobservation d'une prescription de « vice substantiel » (ou pour écarter cette qualification), le juge prend soin de relever que « dans les circonstances de l'espèce »⁹⁰ (90), qu'« en l'espèce »⁹¹ (91) ou que « dans ces conditions »⁹² (92), le défaut n'a pas affecté la situation du demandeur. Souvent, lorsque le juge administratif recourt à cette théorie, les abstracts de la décision comprennent la mention « absence, en l'espèce »⁹³ (93). Il n'est pas rare au demeurant que la motivation de l'arrêt retrace l'ensemble des considérations de fait qui déterminent le juge à exclure la substantialité du manquement constaté⁹⁴ (94). Si certaines décisions de justice identifient un « vice substantiel » sans faire état d'un examen concret des répercussions du défaut relevé, elles sont

très minoritaires¹⁰⁵. De tout cela il résulte que la théorie du « vice substantiel » se singularise par la nature des investigations menées par juge.

Les partisans de la seconde analyse estiment eux aussi que c'est l'opération de contrôle juridictionnel qui caractérise la théorie du vice non substantiel, mais leur point de départ est sensiblement différent. Ils soutiennent que le juge procède de la manière suivante : chaque fois que la règle de forme n'est pas correctement mise en oeuvre, il adopte une démarche finaliste. C'est la circonstance que le juge recherche si l'irrégularité a empêché l'administration de satisfaire le « but »¹⁰⁶ ou « l'objectif »¹⁰⁷ en vue duquel la règle transgressée a été adoptée qui indique que la technique à l'oeuvre est celle des vices non substantiels.

Il reste encore un ultime élément à prendre en considération : la théorie du vice non substantiel implique de prendre la mesure de la substantialité d'un vice. Cela suppose qu'un « vice » a été constaté, autrement dit, que la contrariété alléguée entre la décision en discussion et la prescription supérieure a été caractérisée. La doctrine insiste peu sur cette circonstance, pourtant déterminante dans la différenciation des techniques juridictionnelles. Car si l'existence de l'irrégularité a bien été relevée par le juge, c'est que le procédé utilisé intervient au cours de l'examen du bien-fondé du moyen. En somme, si la recherche de la substantialité du manquement distingue le vice non substantiel des formalités non substantielles, le constat d'un vice sépare le vice non substantiel de la théorie de l'inopérance.

Les présentations de la théorie du vice non substantiel proposent deux définitions, toutes deux pensées à partir de la nature du contrôle juridictionnel exercé, mais fondées sur une caractéristique différente. Il faut à présent confronter ces éléments au considérant de principe de l'arrêt *Danthony*. Il sera également nécessaire d'analyser le raisonnement juridictionnel pour déterminer si le juge relève l'existence d'un « vice » avant d'en neutraliser les effets.

Confrontation de l'arrêt *Danthony* avec les éléments constitutifs du « vice non substantiel »

Si le professeur F. Poulet exclut de rattacher la jurisprudence *Danthony* à la théorie des vices non substantiels¹⁰⁸, tout, dans la décision fondatrice, nous convainc de la pertinence de cette qualification.

Il y a d'abord un indice d'ordre cosmétique. Il est significatif de remarquer que, depuis 2011, le juge n'utilise plus guère l'expression « formalité substantielle »¹⁰⁹, pas plus que les membres du Conseil d'État en charge d'établir le fichage des arrêts au *Lebon*. Dans les recueils parus depuis l'arrêt *Danthony*, n'est plus mentionnée que l'expression « irrégularité susceptible d'avoir eu une incidence sur le sens de la décision prise ». Troublante coïncidence...

Plus sérieux est le motif d'ordre théorique. La décision *Danthony* consacre les deux éléments constitutifs de la théorie du vice non substantiel.

Conformément à la définition majoritaire du vice substantiel, l'examen du moyen tiré de la méconnaissance d'une règle de procédure commande une appréciation concrète des effets de l'omission relevée. Ce sont les conséquences de la transgression qui intéressent le juge et conditionnent l'état du moyen invoqué. Si le degré d'exigence qui pèse sur le demandeur est relativement peu élevé (ce dernier n'ayant pas à apporter la preuve que l'imperfection juridique a effectivement influencé le sens de la décision, seulement qu'elle a pu l'influencer¹⁰⁰), il lui revient néanmoins de mettre en relation l'omission critiquée avec la physionomie de l'acte, ou avec sa situation. Le réclamant est tenu d'ancrer son argumentation dans le cas d'espèce, en dénonçant les retentissements de l'erreur commise par l'auteur de l'acte.

Il est topique, à cet égard, que chacune des deux branches de la solution *Danthony* épouse le raisonnement *in concreto* symptomatique de la théorie des vices non substantiels.

S'agissant de la première, la décision prévoit que toute méconnaissance d'une règle de forme de nature à influencer le sens de l'acte vicie la mesure querellée. Ce cas de figure correspond parfaitement à la conception doctrinale du vice non substantiel centrée sur l'appréciation concrète de l'omission. Quand le juge tente de déterminer l'influence exercée par l'imperfection juridique sur l'acte final, il investit la relation que le défaut procédural entretient avec le dispositif de la mesure. Il ne peut parvenir à quantifier l'importance du manquement allégué qu'au terme d'un examen minutieux des circonstances de son intervention et du contexte dans lequel la décision a été adoptée. Le contrôle juridictionnel est ancré dans la

situation de droit et de fait qui lui est soumise. Son orientation ne fait aucun doute : il est indiscutablement un contrôle concret.

Les conclusions rendues sur l'affaire *Danthony* suffisent à le prouver. Examinant tour à tour les moyens de légalité externe allégués, le rapporteur public recherche, à partir des pièces du dossier, les éléments propres à établir (ou à écarter) que les imperfections procédurales ont pu influencer le contenu du dispositif du décret attaqué. Au fond, deux moyens critiquaient la procédure d'adoption de l'acte : l'un dénonçait les modalités selon lesquelles les conseils d'administration des deux établissements avaient été amenés à délibérer (une réunion commune s'était tenue alors que la loi prévoit deux délibérations séparées), l'autre faisait valoir que les conseils d'administration s'étaient prononcés sans que les comités techniques paritaires aient été saisis. G. Dumortier proposa de rejeter le premier moyen au motif que « les pièces du dossier permettent (...) d'écarter en l'espèce toute incidence de cette réunion commune et présidence unique, dont nul ne paraît s'être ému, sur les débats comme sur le sens du vote, largement majoritaire ». Le second moyen est l'objet du même traitement, compte tenu du fait que « des éléments suffisamment convergents lèvent en l'espèce tout doute sur l'influence que cette consultation à contretemps a été susceptible d'exercer ». Au titre des données prises en considération, figurent l'information continue des membres de l'organisme non consulté, l'absence de prise de position défavorable quant à l'adoption du décret¹⁰¹. La circonstance que la formation de jugement n'a pas suivi le rapporteur public sur le fond n'altère en rien la nature du contrôle exercé. Les décisions qui ont succédé à l'affaire *Danthony* l'ont confirmé¹⁰².

La seconde branche de la technique issue de *Danthony* appelle elle aussi une appréciation contextuelle du moyen invoqué. G. Dumortier affirme dès le début de ses conclusions que les deux types de manquements substantiels ont en commun d'exiger du juge qu'il examine le moyen au terme d'un contrôle *in concreto* : « ces deux critères de l'influence et de la garantie se recouvrent : les garanties ne sauraient être abstraites, elles aussi ont un lien avec la décision à prendre et n'ont de portée que si elles sont susceptibles d'exercer une influence sur sa teneur »¹⁰³. Malgré la clarté de cette affirmation, une hésitation s'est manifestée dans les premiers mois qui ont suivi la lecture de l'arrêt *Danthony*¹⁰⁴. Elle s'est rapidement dissipée. Très vite, le juge a privilégié une approche concrète de la privation de garanties¹⁰⁵. Le juge doit rechercher si « l'intéressé a été en l'espèce privé [d'une] garantie »¹⁰⁶. Le contrôle juridictionnel est nécessairement un contrôle concret, et cela, même lorsque le réclamant situe son argumentation sur le terrain de la seconde catégorie de manquements substantiels. La seule circonstance qu'une formalité créée pour assurer une garantie au profit du demandeur n'ait pas été observée n'est pas suffisante pour arrêter la substantialité de l'imperfection. D'ailleurs, comment pourrait-on sérieusement soutenir la thèse du contrôle abstrait quand l'accomplissement de formalités compensatrices pallie la méconnaissance de la règle de procédure violée¹⁰⁷ ? Dans l'hypothèse où « l'irrégularité constatée est restée neutre et n'a privé personne d'une garantie, bien qu'il soit face à une formalité substantielle, [le juge peut] écarter le moyen de légalité externe »¹⁰⁸.

En définitive, qu'il évalue l'influence du défaut formel sur le sens de la décision attaqué ou qu'il vérifie que l'omission n'a pas affecté les garanties reconnues aux administrés, le juge exerce un contrôle concret. Une fois encore, la formulation des décisions utilisant la technique jurisprudentielle livre quelques indices. Comme le souligne le professeur F. Poulet, « la référence, au sein des motifs de la décision *Danthony* et autres, aux expressions "pièces du dossier" et "en l'espèce" permet d'insister sur l'examen *in concreto* que le juge doit effectuer »¹⁰⁹.

La seconde définition du vice non substantiel n'est pas non plus absente de la jurisprudence *Danthony*. La règle selon laquelle l'omission qui a eu pour conséquence de priver un administré d'une garantie entache d'illégalité l'acte litigieux, ne semble pas exprimer autre chose. Ce que sanctionne le juge administratif dans ce cas, c'est le non-respect d'une formalité qui avait été prévue pour protéger un droit particulier. La finalité poursuivie par le législateur était bien d'assurer la protection des intérêts des administrés intéressés par la règle. Ces derniers doivent bénéficier du respect dû à leurs droits, en particulier des droits de la défense¹¹⁰. Un nombre important de formalités ont ainsi pour fonction de garantir ces droits. Aussi, en prévoyant que tout manquement ayant eu pour effet d'empêcher le destinataire de la mesure de jouir d'une garantie instituée dans son intérêt entame la rectitude juridique de l'acte, la Haute juridiction administrative consacre l'analyse finaliste du vice substantiel. Ce faisant, elle conforte la thèse selon laquelle la technique en présence est celle des vices non substantiels.

Les deux critères explicatifs de la théorie des vices substantiels proposés par la doctrine ont été repris par l'assemblée du contentieux du Conseil d'État. La solution inaugurée dans l'arrêt *Danthony* présente bien les caractéristiques propres au vice non substantiel.

Qu'en est-il de la condition relative à la mise en évidence d'une irrégularité ? L'étude des arrêts du Conseil d'État référencés au *Recueil* au titre de l'application de la jurisprudence *Danthony* a balayé toute ambiguïté : l'intégralité des décisions constate la violation de la procédure suivie par l'administration, avant de mettre en oeuvre le procédé neutralisant. Ainsi le juge commence par relever qu'effectivement un avis n'a pas été délivré⁽¹⁾ ou que sa motivation est insuffisante⁽²⁾, qu'un délai n'a pas été observé⁽³⁾, qu'une consultation ou un entretien préalable a été négligé⁽⁴⁾, que la composition d'un organe collégial est irrégulière⁽⁵⁾, qu'un rapport unique a été établi quand la loi exige deux rapports distincts⁽⁶⁾, qu'une information n'a pas été donnée⁽⁷⁾, ou encore que la communication d'un dossier a été refusée⁽⁸⁾. Le moyen est regardé comme étant fondé avant que la technique jurisprudentielle disqualifie les effets de l'irrégularité.

Aurait-il pu en aller autrement ? Assurément. Rien ne s'oppose à ce que le juge interroge la substantialité d'un manquement éventuel. Il en déduirait alors, par exemple, qu'« en tout état de cause », la violation alléguée est insusceptible d'avoir affecté le dispositif de l'acte attaqué, ou encore « qu'à supposer avérée l'irrégularité alléguée », le défaut est dépourvu d'effet sur la régularité de la décision. L'ordre d'examen des questions défini par le juge est un indice supplémentaire en faveur de la théorie du vice non substantiel.

Les résultats de nos investigations concordent : la technique en cause est celle des « vices non substantiels ». Tout porte à croire que l'assemblée du contentieux du Conseil d'État a placé la nouvelle technique de stabilisation préventive au coeur de cette théorie. La Haute juridiction administrative aurait pu faire le choix de le dire. Mais pouvait-on attendre d'elle qu'elle fasse figurer l'expression au sein du « considérant » de principe ? Certes, la tendance actuelle n'est pas au rattachement des techniques juridictionnelles aux procédés classiques du contentieux administratif. La clarification du procès administratif aurait pourtant tout à y gagner.

Mots clés :

ACTE UNILATERAL * Avis * Procédure consultative * Théorie des moyens inopérants * Formalités non substantielles * Vices non substantiels

CONTENTIEUX * Procédure administrative contentieuse * Pouvoirs et devoirs du juge * Office du juge

(1) CE, ass., 23 déc. 2011, n° 335477, *Danthony et autres*, Lebon p. 649 ; AJDA 2012. 1609, tribune B. Seiller⁽¹⁾ ; RFDA 2012. 284, concl. G. Dumortier⁽²⁾ ; CE, 23 déc. 2011, n° 335033, *Danthony*, Lebon T. p. 737 ; AJDA 2012. 7⁽³⁾ ; *ibid.* 195⁽⁴⁾, chron. X. Domino et A. Bretonneau⁽⁵⁾ ; *ibid.* 1484, étude C. Mialot⁽⁶⁾ ; D. 2013. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot⁽⁷⁾ ; AJDI 2014. 16, étude S. Gilbert⁽⁸⁾ ; *ibid.* 2015. 25, chron. S. Gilbert⁽⁹⁾ ; *ibid.* 2016. 27, étude S. Gilbert⁽¹⁰⁾ ; *ibid.* 2017. 26, étude S. Gilbert⁽¹¹⁾ ; AJCT 2015. 388, étude R. Bonnefont⁽¹²⁾ ; RFDA 2012. 284, concl. G. Dumortier⁽¹³⁾ ; *ibid.* 296, note P. Cassia⁽¹⁴⁾ ; *ibid.* 423, étude R. Hostiou⁽¹⁵⁾.

(2) CE, 17 févr. 2012, n° 332509, *Chiesi SA*, Lebon p. 43 ; AJDA 2012. 353⁽¹⁾ ; *ibid.* 2013. 1733, chron. X. Domino et A. Bretonneau⁽²⁾ ; RFDA 2012. 296, note P. Cassia⁽³⁾ ; RDSS 2012. 532, concl. M. Vialettes⁽⁴⁾, « il appartient au juge administratif d'écarter, le cas échéant de lui-même, un moyen tiré d'un vice de procédure qui (...) ne lui paraît pas entacher d'illégalité la décision attaquée ».

(3) S'agissant de la substitution de base légale, CE, sect., 3 déc. 2003, n° 240267, *Préfet de la Seine-Maritime c/ El Bahi*, Lebon p. 479 ; AJDA 2004. 202⁽¹⁾, chron. F. Donnat et D. Casas⁽²⁾ ; D. 2005. 35⁽³⁾ ; *ibid.* 26, obs. P.-L. Frier⁽⁴⁾ ; RFDA 2004. 733, concl. J.-H. Stahl⁽⁵⁾ ; s'agissant de la substitution de motifs, CE, sect., 6 févr. 2004, n° 240560, *Hallal*, Lebon p. 48 ; AJDA 2004. 436⁽⁶⁾, chron. F. Donnat et D. Casas⁽⁷⁾ ; D. 2005. 35⁽⁸⁾ ; *ibid.* 26, obs. P.-L. Frier⁽⁹⁾ ; RFDA 2004. 740, concl. I. de Silva⁽¹⁰⁾.

(4) CE, ass., 11 mai 2004, n° 255886, *Association AC !*, Lebon p. 197 ; AJDA 2004. 1183⁽¹⁾, chron. C. Landais et F. Lenica⁽²⁾ ; *ibid.* 1049, tribune J.-C. Bonichot⁽³⁾ ; *ibid.* 1219, étude F. Berguin⁽⁴⁾ ; *ibid.* 2014. 116, chron. J.-E. Schoettl⁽⁵⁾ ; D. 2004. 1499, et les obs.⁽⁶⁾ ; *ibid.* 1603, chron. B. Mathieu⁽⁷⁾ ; *ibid.* 2005. 26, obs. P.-L. Frier⁽⁸⁾ ; *ibid.* 2187, obs. C. Willmann, J.-M. Labouz, L. Gamet et V. Antoine-Lemaire⁽⁹⁾ ; Just. & cass. 2007. 15, étude J. Arrighi de Casanova ; Dr. soc. 2004. 762, étude P. Langlois⁽¹⁰⁾ ; *ibid.* 766, note X. Prétot⁽¹¹⁾ ; RFDA 2004. 438, note J.-H. Stahl et A. Courrèges⁽¹²⁾ ; *ibid.* 454, concl. C. Devys⁽¹³⁾.

(5) CE, ass., 16 juill. 2007, n° 291545, *Société Tropic travaux signalisation*, Lebon p. 360 ; AJDA 2007. 1577 ¹, chron. F. Lenica et J. Boucher ² ; *ibid.* 1497, tribune S. Braconnier ³ ; *ibid.* 1777, tribune J.-M. Woehrling ⁴ ; D. 2007. 2500 ⁵, note D. Capitant ⁶ ; RDI 2007. 429, obs. J.-D. Dreyfus ⁷ ; *ibid.* 2008. 42, obs. R. Noguellou ⁸ ; *ibid.* 2009. 246, obs. R. Noguellou ⁹ ; RFDA 2007. 696, concl. D. Casas ¹⁰ ; *ibid.* 917, étude F. Moderne ¹¹ ; *ibid.* 923, note D. Pouyaud ¹² ; *ibid.* 935, étude M. Canedo-Paris ¹³ ; RTD civ. 2007. 531, obs. P. Deumier ; RTD eur. 2008. 835, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar ¹⁴.

(6) D. Labetoulle, « Le vice de procédure, parent pauvre de l'évolution du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation », in *Terres du droit, Mélanges en l'honneur de Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 479.

(7) V. l'art. 70 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, JORF n° 0115 du 18 mai 2011, p. 8537.

(8) Conseil d'État, Rapport public 2011, *Consulter autrement, participer effectivement*, Doc. fr., 2011, n° 62, spéc. p. 125.

(9) C. Broyelle, « L'impact du vice de procédure sur la légalité de l'acte administratif », JCP Adm. 2012, étude n° 2089, p. 12 ; P. Cassia, « L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure », note sous CE, 23 déc. 2011, *Danthony*, RFDA 2012. 296 ¹ ; D. Connil, « Vice de procédure et annulation : l'office du juge administratif se précise », JCP 2012, étude n° 558, p. 907 ; X. Domino et A. Bretonneau, « Le vice, mode d'emploi », AJDA 2012. 195 ² ; R. Hostiou, « Simplification du droit, sécurité juridique et nouvel office du juge administratif », RFDA 2012. 423 ³ ; F. Melleray, « Précisions sur la neutralisation de certains vices de procédure », Dr. adm. 2012, comm. n° 22, p. 29.

(10) X. Domino et A. Bretonneau, « Jurisprudence *Danthony* : bilan après 18 mois », AJDA 2013. 1733 ¹ ; C. Roux, « *Danthony*, cinq ans après », Dr. adm. 2016, alerte n° 138, p. 3.

(11) V. par ex., J.-P. Borel, « La procédure *Danthony* et la procédure de retrait de permis de construire », AJCT 2014. 395 ¹ ; M. Fourès, « L'influence de la jurisprudence *Danthony* en droit de l'environnement », Énergie-Environnement-Infrastructures, 2016, étude n° 9, p. 15 ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La jurisprudence *Danthony* fait son entrée dans le contentieux administratif des contrats », CMP, 2016, repère n° 10, p. 1 ; J. Martin, « L'application de la jurisprudence *Danthony* à un acte détachable de la conclusion d'un bail emphytéotique administratif », JCP Adm. 2016, comm. n° 2248, p. 30 ; B. Pacteau, « *Danthony* au cinéma », AJDA 2012. 1957 ² ; L. Santoni, « Application de la jurisprudence *Danthony* à la révision d'un plan local d'urbanisme », Construction-Urbanisme, 2013, comm. n° 130, p. 14 ; P. Zavoli, « Des bienfaits de la jurisprudence *Danthony* appliquée au contentieux des règlements locaux de publicité », AJDA 2014. 634 ³ ; pour une étude appliquée au domaine de la participation du public, C. Testard, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, Th., Lyon III 2016. 760-789.

(12) Dressant le même constat, X. Domino et A. Bretonneau, « Le vice, mode d'emploi », art. préc.

(13) CE, sect., 3 oct. 2008, n° 305420, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur est de la Sarthe (SMIRGEOMES)*, Lebon p. 324 ; AJDA 2008. 1855 ¹ ; *ibid.* 2161 ², chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ³ ; *ibid.* 2374, étude P. Cassia ⁴ ; RDI 2008. 499, obs. S. Braconnier ⁵ ; RFDA 2008. 1128, concl. B. Dacosta ⁶ ; *ibid.* 1139, note P. Delvolvé ⁷.

(14) Dans cette perspective égal., v. S. Douteaud, « Pour une clarification de la distinction entre moyens inopérants et moyens irrecevables en contentieux administratif », RFDA 2016. 697 ¹.

(15) Notamment, A.-C. Bezzina, « 2004-2014, les dix ans de la jurisprudence AC ! », RFDA 2014. 735 ¹.

- (16) F. Poulet, *L'inopérance des moyens dans le contentieux administratif français*, Th., Paris II, 2014, p. 399 s. et p. 485.
- (17) V. notamment, D. Connil art. préc. ; M. Rota, « Vers la disparition du vice de forme ? », RD publ. 2015. 641 ; V. Tchen, « Édiction de l'acte administratif », J.-Cl. Adm., fasc. n° 107-20, § 179 et 180 ; dans une certaine mesure, P. Cassia, « L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure », note préc.
- (18) À proprement parler, il faut évoquer « les » arrêts *Danthony* lorsqu'on évoque cette nouvelle technique. Pour fluidifier la lecture, nous nous référerons par la suite à « l'arrêt » *Danthony*, comme synonyme à « la jurisprudence » *Danthony*. Nous viserons alors l'arrêt d'assemblée.
- (19) G. Dumortier laisse plusieurs fois transparaître sa préférence en faveur de la théorie des vices substantiels sans jamais défendre clairement ce parti, G. Dumortier, « L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure », Concl. sur CE, ass., 23 déc. 2011, *M. Danthony et autres*, RFDA 2012. 284^{III}, spéc. p. 287-289.
- (20) F. Poulet, Th. préc.
- (21) Pour mener nos investigations, nous nous appuyons tant sur l'art. 70 de la loi n° 2011-525 préc. que sur la lettre de l'art. 35 de la proposition de loi dont il est issu (proposition de loi n° 1890 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, disponible sur le site de l'Assemblée nationale).
- (22) Loi n° 2011-525, préc.
- (23) Proposition de loi n° 1890, préc.
- (24) V. en particulier l'exposé des motifs de la loi et le compte-rendu des échanges entre le député J.-L. Warsmann, rapporteur du texte, et les députés É. Blanc et J.-M. Clément, lors de la 2^{nde} séance du mercredi 2 déc. 2009, disponibles sur le site de l'Assemblée nationale.
- (25) V. par ex., CE, 9 juin 2010, n° 320027, *M. Jean-Pierre Iché*, Lebon T. p. 620 ; AJDA 2010. 1175^{III} ; AJFP 2010. 299, et les obs.^{III} ; Trib. UE, 19 nov. 2014, aff. T-40/12 et T-183/12, *European Dynamics Luxembourg S.A. et autre c/ Europol*, JOUE C-109, 14 avr. 2012, § 110, Rev. UE 2015. 590, étude C. Bernard-Glanz, L. Levi et S. Rodrigues^{III}.
- (26) A. Ciaudo, *L'irrecevabilité en contentieux administratif*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2009, p. 236.
- (27) P. Cassia, « Vers une immunité contentieuse des avis rendus par les organismes consultatifs ? À propos de l'article 35 de la proposition de loi n° 1890 portant simplification et amélioration de la qualité du droit », JCP Adm. 2010, act. n° 789, p. 3, v. égal., R. Rouquette, *Petit traité du procès administratif*, Dalloz, coll. « Praxis Dalloz », 2012, 5^e éd., p. 342, § 321.95.
- (28) F. Poulet, Th. préc., p. 399 s. et p. 485. L'auteur souligne toutefois la singularité du cas *Danthony* par rapport au régime commun de la théorie des moyens inopérants : le juge adopte ici une approche concrète de l'examen du moyen, v. par ex., F. Poulet, Th. préc., p. 401.

(29) CE, sect., 19 mars 1971, n° 77536, *Jacquemin*, Lebon p. 234¹ ; CE, 9 avr. 1986, n° 67157, *Faugeroux*, Lebon T. p. 674. Cette exception aurait toutefois été abandonnée, F. Dieu, « La compétence liée : expédiente et utile mais pas extensive », JCP Adm. 2010, étude n° 2180, p. 31.

(30) Le président Odent rattachait l'hypothèse dans laquelle « l'administration a pris une décision qu'elle était légalement tenue de prendre, autrement dit où elle avait compétence liée » à la théorie des formalités non substantielles, R. Odent, *Contentieux administratif*, Dalloz, 2007, T. II., p. 432.

(31) F. Poulet, Th. préc., p. 108 et 109, au titre des exceptions, l'auteur donne l'exemple du moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi (que la QPC a partiellement remis en cause).

(32) Nous y reviendrons dans le troisième temps de cette étude.

(33) En application de la jurisprudence *Perrot*, CE, ass., 12 janv. 1968, n° 70951, *Ministre de l'économie et des finances c/ M^{me} Perrot*, Lebon p. 39¹.

(34) CE, ass., 23 déc. 2011, *Danthy et autre*, préc.

(35) V. notamment, CE, 17 févr. 2012, *Société Chiesi SA*, préc.

(36) CE, 12 mars 2012, n° 342697, *Gramond*, Lebon T. p. 741.

(37) B. Seiller, *Acte administratif - régime*, Rép. Cont. Adm., mis à jour oct. 2015, § 201.

(38) La méconnaissance d'un délai est dépourvue de conséquences si la fonction qui lui est assignée a pu être satisfaite (par ex., s'agissant du délai de convocation d'un organe collégial, les conséquences de la violation sont nulles si ses membres ont été en mesure de poser les questions qu'ils jugent nécessaires et d'exprimer leur opinion, CE, 27 avr. 2012, n° 348637, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole SNETAP-FSU*, Lebon T. p. 814 ; AJDA 2012. 916¹ ; *ibid.* 2013. 1733, chron. X. Domino et A. Bretonneau¹ ; CE, 30 déc. 2015, n° 382756, *Centre indépendant d'éducation de chiens guides d'aveugles*, Lebon T. p. 583 ; s'agissant d'un délai destiné à laisser aux personnes intéressées le temps de produire des observations, le non-respect du délai est sans effet si le requérant a été associé à l'élaboration de la décision et n'a produit aucune observation avant sa publication, CE, 17 mars 2017, n° 396835, *SNPA*, Lebon T. ; AJDA 2017. 918¹).

(39) V. notamment, CE, 30 déc. 2015, *Centre indépendant d'éducation de chiens guides d'aveugles et autres*, préc. ; CE, 27 juill. 2016, n° 378327, *M. B.*, AJDA 2016. 2311¹ ; CE, 9 nov. 2016, n° 391307, *Société Bayer Healthcare SAS* ; CE, 17 mars 2017, *SNPA*, préc.

(40) Y compris chez la doctrine institutionnelle, v. notamment, F. Tiberghien (dir.), « Le contrat, mode d'action publique et de production de normes », in *Conseil d'État, Rapport public 2008*, p. 271. Après avoir relevé que « la jurisprudence fait volontiers appel à la théorie des formalités substantielles » en matière de référé précontractuel, l'auteur cite deux arrêts à titre d'exemples. Dans le premier, la Haute juridiction confirmait l'ordonnance dans laquelle le tribunal administratif identifiait l'existence « d'irrégularités substantielles ». Dans le second, l'auteur estime que le juge des référés précontractuels recherchait la présence d'un « vice substantiel ».

(41) B. Dacosta, « Faut-il être lésé pour invoquer des moyens devant le juge du référé précontractuel ? »,

Concl. sur CE, sect., 3 oct. 2008, *SMIRGEOMES*, BJCP 2008. 451 ; D. Labetoulle, art. préc.

(42) V., notamment, B. Seiller, Fasc. préc., § 201 s. Annonçant présenter le régime des « formalités non substantielles », il écrit : « il était en conséquence impossible de donner une définition du vice non substantiel » ; v. égal., F. Blanco, « Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité », contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir, PUAM, coll. du « CRA », 2010, p. 328, après avoir défini les « vices non substantiels », F. Blanco affirme qu'« on parle plus volontiers, à ce propos de "formalités non substantielles" ou "accessoires" » ; G. Pellissier assimile explicitement les deux notions, G. Pellissier, « Limitation des moyens susceptibles d'être invoqués dans le cadre du référé contractuel », Note sous CE, 3 oct. 2008, *SMIRGEOMES*, LPA, 2009, n° 82, p. 5.

(43) P. Cassia, « Vers une immunité contentieuse des avis rendus par les organismes consultatifs ? », préc. ; E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, LGDJ, rééd. 1989, T II., p. 494 notamment ; R. Odent, ouvr. préc., T. II., p. 430.

(44) G. Berlia, « Le vice de forme et le contrôle de la légalité des actes administratifs », RD publ. 1940. 374 ; R. Hostiou, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1975, T. n° 119, p. 237 ; D. Labetoulle, art. préc.

(45) R. Odent, ouvr. préc., T. II., p. 430. Selon le professeur Berlia, le nombre d'arrêts se référant à ce critère est trop peu important pour que ce dernier soit jugé significatif, G. Berlia, art. préc.

(46) J. de Soto, *La nullité des actes administratifs*, Dalloz, Paris, 1942, p. 137.

(47) R. Latournerie, Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État, *Le Conseil d'État : Livre jubilaire pour commémorer son cent cinquantième anniversaire*, Sirey, 1952, p. 226.

(48) E. Laferrière, ouvr. préc., T. II., p. 492 s.

(49) Ce détachement n'est pas unanime. Plusieurs études publiées à des époques différentes tentèrent de systématiser le traitement du « vice » de forme dans la jurisprudence du juge administratif, A. Calogeropoulos, *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1983, T. n° 145, p. 194 ; D. Labetoulle, art. préc. ; M. Rota, art. préc.

(50) C'est le constat que dressait K.-B. Kouassi dans les années 90. K.-B. Kouassi, « Pour une rationalisation de l'appréciation du caractère substantiel ou accessoire des formalités administratives dans le recours pour excès de pouvoir », LPA, 4 janv. 1993, n° 2, p. 4.

(51) Dressant un constat identique au sujet de la qualification de moyen inopérant/irrecevable, S. Douteaud, article préc.

(52) On peut lire par ex., dans le Recueil de l'année 1849 que « M. le commissaire du gouvernement, portant la parole dans cette affaire, estime qu'il y a lieu de faire droit à la partie des conclusions du requérant qui tend à l'annulation pour vice de forme de la décision attaquée ; selon lui, la mention dans la décision du nom des membres qui y ont participé, constitue une formalité substantielle », Rec. 1849, p. 253.

(53) « Considérant qu'il résulte de l'instruction que les opérations dont il s'agit ont eu lieu sans que les experts aient préalablement prêté serment, et que l'omission de cette formalité substantielle est de nature à

entraîner la nullité (...) de la décision attaquée », CE, 20 avr. 1854, *Soeurs de la Providence de Lyon et autre*, Lebon p. 325 ; « Considérant que (...) les arrêtés des conseils de préfecture ne sont valables que s'il y est fait mention du nom des trois conseillers au moins qui ont dû concourir à la décision ; que cette formalité substantielle a été omise dans l'arrêté attaqué ; que, dès lors, ledit arrêté doit être annulé », CE, 6 févr. 1880, *Maugars*, Lebon p. 145. V. égal., CE, 15 mai 1856, *De l'Épine*, Lebon p. 369 ; CE, 11 août 1859, *Collignon*, Lebon p. 581.

(54) À titre d'exemples, v., CE, 28 déc. 1929, *Élections au conseil d'arrondissement de Pamiers*, Lebon p. 1180 ; CE, 27 mars 1930, *Sieur Oster*, Lebon p. 348 ; CE, sect., 16 nov. 1934, *Société générale et unique des ciments de la porte de France*, Lebon p. 1064.

(55) À titre d'exemples, CE, 20 déc. 1895, *Compagnies d'Orléans, de l'Est, de Lyon, du Nord, du Midi et de l'Ouest*, Lebon p. 848 ; CE, 24 oct. 1934, *Sieur Cohen*, Lebon p. 954.

(56) V. parmi de nombreux autres exemples, CE, 12 nov. 1980, *Ministre de l'industrie*, Lebon T. p. 797 : « l'omission de cette consultation, qui constitue une formalité substantielle, a entaché d'irrégularité l'arrêté » ; CE, 14 déc. 1983, n° 32471, X, Lebon p. 516¹ : « à défaut de l'accomplissement de cette formalité substantielle, la procédure d'imposition est entachée d'irrégularité » ; CE, sect., 19 déc. 1984, n° 48460, *Société Mapac*, Lebon p. 439² : « la mention (...) cette formalité substantielle dont l'omission entache d'illégalité la décision administrative autorisant le licenciement de ce salarié » ; CE, 27 juin 1994, n° 101453, *Université de Lille III*, Lebon T. p. 1151 : « la méconnaissance de cette formalité substantielle a entaché la décision attaquée d'un vice de procédure ; (...) il résulte de ce qui précède que l'Université de Lille est fondée à demander l'annulation de la décision attaquée » ; CE, 16 déc. 1994, n° 116465, *Beckert*, Lebon T. p. 748 ; CE, 24 mars 2004, n° 248910, *Commune du Marin*, Lebon T. p. 562 ; AJDA 2004. 1382³ ; CE, 10 févr. 2010, n° 327149, *Commune de Saint-Lunaire*, Lebon T. p. 327149 ; AJDA 2010. 294⁴ ; RDI 2010. 333, obs. Soler-Couteaux⁵ ; CE, 11 oct. 2010, n° 329373, *Syndicat Alize*, Lebon T. p. 610 ; AJDA 2011. 471⁶.

(57) Conformément à ses habitudes, le Conseil d'État a notamment jugé que l'information relative au droit d'accès à son dossier constitue, pour l'administré coupable d'une infraction au code de la route, « une formalité substantielle [qui] conditionne la régularité de la procédure », CE, 11 juill. 2012, n° 349137, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration c/ Papin*, Lebon T. p. 884 ; AJDA 2012. 1431⁷ ; CE, 9 avr. 2014, *M. Schmitt*, Lebon T. p. 770 ; CE, 9 déc. 2016, n° 355893, *M^{me} A.*, à paraître aux Tables du Lebon. Pour un précédent, CE, 7 déc. 2005, n° 280985, *Salem*, Lebon T. p. 995. Pour des exemples relatifs au contentieux électoral, CE, 22 juill. 2016, n° 397237, *CNCCFP*, Lebon T. ; AJDA 2016. 1545⁸. Pour un précédent, v., par ex., CE, 8 déc. 2010, n° 341744, *CNCCFP*.

(58) Jèze fut l'un des premiers à assimiler les formes « proprement dites » et les règles de procédure, G. Jèze, « Les formes en droit administratif français », RD publ. 1922. 503 ; « la forme » englobe « les formes de l'acte et les procédures d'élaboration de celui-ci » J.-F. Lachaume, « Le formalisme », AJDA 1995. 133⁹. Symétriquement, le vice de forme regroupe en son sein les vices affectant les « formes proprement dites » et les « irrégularités dans les procédures administratives préalables », R. Odent, ouvr. préc., T. II., p. 433 et 438 ; v. aussi M. Rota, art. préc.

(59) Le formalisme peut être envisagé comme « l'observation de procédures et de formes bien déterminées », K.-B. Kouassi, art. préc.

(60) R. Odent, ouvr. préc., T. II., p. 425 notamment ; R. Hostiou, Th. préc., p. 237. Certains auteurs ont pris l'habitude de l'utiliser pour désigner tant les règles de forme *lato sensu* que les règles de procédure, v. par ex., J.-F. Lachaume, art. préc.

(61) Pour une illustration de ce constat, B. Seiller, Fasc. préc., § 201 s.

(62) CE, 7 déc. 2016, n° 386304, *Caisse d'assurance retraite et de santé au travail d'Aquitaine*, Lebon T. p. 610-864-903 ; AJDA 2016. 2407^{III}. La technique jurisprudentielle ne peut être utilisée afin de stabiliser un acte insuffisamment motivé. Cette solution ne doit être confondue avec celle qui concerne la motivation d'un avis délivré au cours de la procédure administrative. Dans ce dernier cas, la jurisprudence *Danthony* est applicable, CE, 29 juin 2012, n° 335771, *Association Promouvoir, Association Action pour la dignité humaine*, Lebon T. p. 544 ; AJDA 2012. 1957^{III}, note B. Pacteau^{III} ; *ibid.* 2013. 1733, chron. X. Domino et A. Bretonneau^{III}.

(63) CE, 1^{er} oct. 2014, n° 362482, *Ministre de l'intérieur*, Lebon T. p. 719 ; AJDA 2014. 1921^{III}.

(64) CE, 9 janv. 2015, *SA Sita Ouest*, n° 378624.

(65) CE, 29 avr. 2013, n° 359472, *Bats*, Lebon T. p. 593 ; AJDA 2013. 950^{III} ; AJ fam. 2013. 384, obs. S. Le Gac-Pech^{III} ; RTD civ. 2013. 574, obs. J. Hauser.

(66) CE, 22 janv. 2013, *Syndicat national CGT*, Lebon T. p. 405.

(67) CE, 4 nov. 1996, n° 178544, *Élections municipales de Noeux-les-Mines*, Lebon T. p. 888 ; CE, 30 déc. 2002, n° 243113, *Préfet des Hauts-de-Seine*, Lebon p. 506 ; AJDA 2003. 743^{III}, note O. Lecucq^{III} ; CE, 24 juill. 2009, n° 321030, *Commission nationale des comptes de campagne et des financements publics (CNCCFP)*, Lebon T. p. 770.

(68) Plus précisément, la plupart du temps, le Conseil d'État dénie la qualification de « formalité substantielle » à une règle au motif qu'elle n'est pas prescrite « à peine d'irrégularité » ou de « nullité » CE, 17 nov. 2010, n° 328763, *Syndicat de défense du pommeau de Bretagne en AOC, Comité cidricole de développement et de recherches fouesnantais*, Lebon T. p. 922 ; CE, 28 nov. 2011, n° 334183, *SNC Doux élevage, Société coopérative agricole UKL-Arree*, Lebon T. p. 768 ; RFDA 2012. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier^{III}.

(69) CE, avis, 22 nov. 1995, n° 171045, *Charton*, Lebon p. 421 ; pour un ex. récent, CE, 9 déc. 2016, *M^{me} A.*, préc. À l'inverse, il se peut que le juge justifie le refus de voir une formalité substantielle dans une règle qui n'accorde aucune garantie à ses bénéficiaires, CE, 17 nov. 2010, *Syndicat de défense du Pommeau de Bretagne en AOC*, préc.

(70) CE, 12 juin 2002, n° 225048, *Roma*, Lebon p. 212 ; AJDA 2002. 700^{III}, obs. M.-C. Montecler^{III}.

(71) CE, 21 juin 1968, n° 67858, *Sieurs Lichtenstein et Barault*, Lebon T. p. 825^{III}, l'absence de mention de l'avis émis par un organisme consultatif dans les visas du décret adopté consécutivement à cette consultation est « sans influence sur la légalité dudit décret » ; CE, ass., 28 mai 1976, n° 88803, *Centre technique des conserves de produits agricoles c/ Établissements Grégori*, Lebon p. 283^{III} ; CE 27 juill. 1984, *M. Bailliou*, Lebon p. 306 ; CE, 21 sept. 1992, n° 110165, *Association de défense de Juan-les-Pins et de ses pinèdes*, Lebon T. p. 1369^{III} ; RDI 1993. 68, obs. Y. Gaudemet, H. Savoie et L. Touvet^{III} ; CE, 10 avr. 2002, n° 226352, *Société des agrégés de l'Université*, Lebon T. p. 592 ; CE, 4 juill. 2008, n° 308055, *Commune de Critot*, Lebon T. p. 946 ; AJDA 2008. 1360^{III}, la méconnaissance des dispositions du code de l'environnement qui soumettent le maître d'ouvrage à une obligation d'information relative aux nuisances provoquées par le chantier n'étant pas prescrite « à peine de nullité », elle n'entache pas la décision « d'un vice substantiel ». La référence au « vice » substantiel ne doit pas tromper : c'est bien la qualification de « formalité substantielle » qui est écartée par le juge.

(72) CE, sect., 16 juin 1972, n° 81368, *Association de chasse agréée de la commune de Graye-sur-Mer*, Lebon p. 455^{III} ; puisqu'il ressort de l'instruction que l'opposition à l'extension du périmètre de la zone de

chasse a été effectivement adressée à la commune par le titulaire de cette opposition, peu importe que la lettre n'ait pas été envoyée par lettre recommandée avec accusé de réception, comme le prévoient les textes ; CE, 29 oct. 1993, n° 103520, *Association pour la protection de la nature et de l'environnement à Lévis-Saint-Nom*, Lebon T. p. 1101^{III}, la violation de l'obligation de présenter la note de présentation exigée pour la création d'un nouveau lotissement est sans effet sur la régularité de la procédure, à partir du moment où les autres pièces du dossier fournissaient les éléments propres à pallier cette omission ; CE, 4 févr. 1994, n° 116323, *Ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports*, Lebon T. p. 751 ; CE, 14 nov. 2008, n° 297439, *SCI Bercy-Village*, Lebon T. p. 632 ; AJDA 2009. 221^{III}.

(73) Y. Aguila, « Le traitement contentieux des vices de procédure en droit administratif français », in J.-B. Auby et T. Perroud (dir.), *Droit comparé de la procédure administrative*, Bruylant, coll. « droit administratif », 2016, p. 873.

(74) V. l'amendement n° 185 déposé par le rapporteur B. Saugey et adopté par la commission des lois du Sénat, compte-rendu de la commission des lois du Sénat, disponible sur le site du Sénat.

(75) Les membres de la section administrative ne voyaient alors aucun « obstacle à ce que (...) seules les irrégularités substantielles, c'est-à-dire celles ayant exercé une influence sur le sens de la décision prise, puissent être de nature à entacher la légalité de cette décision » v., M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2017, 21^e éd., p. 888.

(76) 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^{III}.

(77) G. Jèze, art. préc. ; E. Laferrière, ouvr. préc., T II., p. 492 s. ; G. Berlia, art. préc. ; R. Hostiou, Th. préc., p. 258 s.

(78) Ceci explique les hésitations du président Odent et du professeur Auby, palpables dans leurs travaux, J.-M. Auby, art. préc. ; R. Odent, ouvr. préc., T. II., p. 428-433.

(79) G. Berlia, art. préc.

(80) R. Hostiou, Th. préc., p. 255.

(81) G. Berlia, art. préc.

(82) E. Laferrière, ouvr. préc., p. 498.

(83) G. Berlia, art. préc.

(84) E. Laferrière, ouvr. préc., p. 498 ; dans le même sens, P.-I. Josse, « Extension et limites des compétences du Conseil d'État sur les actes, sur les juridictions, sur les ordres », in *Le Conseil d'État : Livre Jubilaire pour commémorer son cent cinquantième anniversaire*, préc., p. 161 « sans doute, la jurisprudence a distingué (...) selon que l'irrégularité a eu ou non une influence sur la solution ».

(85) G. Berlia, art. préc. Le professeur Auby estime que les vices substantiels sont principalement ceux « qui ont pu se répercuter sur le fond de la décision », J.-M. Auby, art. préc.

(86) G. Berlia, art. préc.

(87) D. Labetoulle, art. préc.

(88) J.-F. Lafaix, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'administration*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2009, vol. n° 87, p. 93, § 9 2. V. aussi, K.-B. Kouassi, art. préc. ; B. Dacosta, « Quels renseignements relatifs aux voies et délais de recours doivent figurer dans les avis d'appel public à concurrence ? », *Concl. sur CE*, 8 févr. 2008, n° 303748, *Commune de Toulouse*, Lebon ; *AJDA* 2008. 281 ; *ibid.* 1106, note M. Richer et E. Crochemore ; *RDI* 2008. 211, obs. R. Noguellou et CE, 8 févr. 2008, n° 300275, *Département de l'Essonne*, *AJDA* 2008. 1106, note M. Richer et E. Crochemore ; *BJCP* 2008. 164. ; M. Rota, art. préc. ; G. Dumortier, concl. préc.

(89) J.-H. Stahl, *Concl. sur CE*, sect., 30 oct. 1998, n° 149663, *Ville de Lisieux*, Lebon p. 376 ; *RFDA* 1999. 128, concl. J.-H. Stahl. *ibid.* 139, note D. Pouyaud.

(90) CE, 18 déc. 1996, n° 156270, *SA Omya*, Lebon p. 498 ; *RDI* 1997. 53, obs. Y. Jégouzo et F. Jamay ; CE, 16 mai 2012, n° 314564, *Société de protection des paysages de l'île d'Oléron*.

(91) CE, 7 avr. 2010, n° 325833, *Laboratoire Pasteur Cerba, Laboratoire Biomnis*, Lebon T. p. 610 ; CE, 27 oct. 2010, n° 321469, *Georges*, Lebon p. 424 ; *AJDA* 2010. 2079 ; *AJFP* 2011. 126 ; *AJCT* 2011. 38, obs. E. Aubin.

(92) CE, 31 juill. 1996, n° 132541, *Tête*, Lebon p. 325 ; CE, 10 févr. 2010, n° 327067, *Élections municipales des délégués du Sedre d'Etampes (Essonne)*, Lebon T. p. 663 ; *AJDA* 2010. 293.

(93) CE, 23 déc. 2010, n° 334780, *Société Laboratoires Medipha Santé*, Lebon T. p. 611 ; on trouve aussi des expressions proches, telle que « irrégularité ne constituant pas, dans les circonstances de l'espèce, un vice substantiel », CE, 18 déc. 1996, *Société Omya*, préc.

(94) Pour un exemple significatif, CE, 18 déc. 1996, *Société Omya*, préc. « considérant (...) que l'enquête a été précédée d'un important effort d'information des élus locaux et de la population par le moyen de réunions avec les conseils municipaux, de réunions ouvertes au public, de communiqués de presse et de brochures diffusées à plusieurs milliers d'exemplaires ; qu'aux dires même des associations qui contestent le projet, la population a répondu massivement à l'enquête publique au cours de laquelle, dans les communes concernées, plus de 4 000 personnes ont fait connaître leur avis ; que par suite, le fait que les formalités d'affichage (...) n'ont pas été effectuées, ne peut être regardé comme ayant constitué, dans les circonstances de l'espèce, un vice de forme substantiel de nature à entacher d'irrégularité l'ensemble de la procédure ».

(95) V., pour une illustration de ce phénomène, CE, 19 juill. 2010, n° 337071, *Région Réunion*, Lebon T. p. 849 ; *AJDA* 2010. 1510. Le Conseil d'État estime que le fait de dissocier dans le temps la communication du dispositif d'une ordonnance en référé précontractuel et celle des motifs constitue un « vice substantiel » sans prendre en considération les effets de cette pratique.

(96) G. Jéze, art. préc. « si la forme prescrite par la loi a été observée mais si elle est irrégulière, en principe la sanction est la nullité. Toutefois la jurisprudence a une tendance à rechercher l'influence qu'a pu avoir l'irrégularité de la forme : le but de la protection automatique visé par la loi a-t-il été manqué ? Ou, au contraire, malgré l'irrégularité, le but a-t-il été pleinement atteint ? » ; v. égal., R. Latournerie, art. préc.

(97) B. Seiller, fasc. préc., § 201. Le président Odent se réfère tantôt aux garanties que les formes constituent pour les administrés, tantôt à l'influence de la transgression sur le contenu de l'acte en litige (même si, quantitativement, les références au second critère sont plus nombreuses), R. Odent, ouvr. préc., T. II., p. 428-433.

(98) L'inocuité du moyen tiré de la violation de la procédure applicable le conduit à conclure à la mise en oeuvre de la théorie des moyens inopérants, F. Poulet, Th. préc., p. 399-406.

(99) Par ex., jugeant que la saisine pour avis du Conseil d'État était obligatoire pour l'adoption de certaines dispositions du décret soumis à son appréciation, il n'indique pas que la consultation constitue une « formalité substantielle », CE, 17 juill. 2013, n° 358109, *Syndicat national des professionnels de santé au travail*, Lebon p. 219 ; AJDA 2013. 1546¹ ; *ibid.* 1733, chron. X. Domino et A. Bretonneau² ; RDT 2013. 568, obs. M. Véricel.

(100) C. Broyelle, art. préc.

(101) G. Dumortier, Concl. préc., notamment p. 289 « le partage entre ce qui est substantiel et ce qui ne l'est pas n'a pas de raison de se limiter à un niveau théorique auquel vous ne parvenez pas d'ailleurs pas à vous tenir. Il appartient au juge d'exercer pleinement son office, c'est-à-dire à mesurer la portée exacte du moyen de légalité invoqué, en recherchant si, dans les circonstances de l'espèce, la formalité, même substantielle, a été affectée d'une façon telle qu'elle n'a pu atteindre correctement son objet ».

(102) V. parmi d'autres ex., CE, 23 déc. 2015, n° 384524, *Union de la publicité extérieure (UPE)*, Lebon T. p. 532 ; AJDA 2016. 10³ ; CE, 30 déc. 2015, *Centre indépendant d'éducation de chiens guides d'aveugles et autres*, préc.

(103) G. Dumortier, Concl. préc.

(104) X. Domino et A. Bretonneau, art. préc. ; C. Roux, art. préc.

(105) V. notamment, CE, 12 mars 2012, *M. Gramond*, préc. « compte tenu de l'ensemble des circonstances de fait, [la méconnaissance de la règle procédurale] n'a pas privé les propriétaires concernés de la possibilité de faire valoir leurs droits » ; CE, 27 avr. 2012, *SNETAP-FSU*, préc. ; CE, 23 déc. 2014, n° 364785, *Communauté urbaine Brest métropole océane*, Lebon T. p. 900 ; AJDA 2015. 7⁴ ; RDI 2015. 147, obs. P. Soler-Couteaux⁵.

(106) CE, 30 déc. 2013, n° 367615, *M^{me} Okosun*, Lebon p. 635 ; AJDA 2014. 7⁶ ; *ibid.* 222⁷, chron. A. Bretonneau et J. Lessi⁸ ; RFDA 2014. 76, concl. X. Domino⁹ ; RTD eur. 2014. 952-8, obs. D. Ritleng¹⁰.

(107) L'arrêt *Syndicat des compagnies aériennes autonomes* en offre une illustration. L'impossibilité de procéder à une consultation prévue par la réglementation en vigueur est sans influence sur le sens de la décision finale si l'organisation d'autres formalités a permis d'atteindre l'objectif assigné à la consultation réglementaire, CE, 30 juin 2016, n° 393805, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes*, Lebon.

(108) X. Domino et A. Bretonneau, art. préc.

(109) F. Poulet, Th. préc., p. 406.

(110) En ce sens, le président Josse remarquait dans les années 50 que « l'appel aux principes généraux du droit et notamment au principe du respect des droits de la défense au sens large a été la cause d'une extension considérable [du vice de forme] », P.-L. Josse, art. préc.

(111) CE, 17 févr. 2012, *Société Chiesi SA*, préc. ; CE, 23 juill. 2012, n° 341726, *Association générale des producteurs de maïs (AGPM)*, Lebon T. p. 546 ; AJDA 2013. 1733, chron. X. Domino et A. Bretonneau¹ ; D. 2012. 2557, obs. F. G. Trébulle² ; CE, 17 juill. 2013, n° 354103, *Conseil national de l'ordre des médecins*, Lebon T. p. 407 ; CE, 13 nov. 2013, n° 351776, *Confédération générale du travail - Force Ouvrière (FO)*, Lebon T. p. 406 ; AJDA 2014. 595³ ; CE, 23 déc. 2014, n° 364785, *M. I et autres* ; dans une certaine mesure, CE, 30 juin 2016, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes*, préc.

(112) CE, 29 juin 2012, *Association Promouvoir*, préc.

(113) CE, 27 avr. 2012, *SNETAP-FSU*, préc. ; CE, 12 mars 2014, n° 354629, *Société Foncia Groupe*, Lebon T. p. 667 ; AJDA 2014. 1589⁴ ; CE, 30 déc. 2015, *Centre indépendant d'éducation de chiens guides d'aveugles et autres*, préc.

(114) CE, 22 juin 2012, n° 352388, *GISTI*, Lebon T. p. 544 ; AJDA 2012. 1258⁵ ; RFDA 2012. 961, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci⁶ ; CE, 26 avr. 2013, n° 355509, *Cella*, Lebon T. p. 403 ; AJDA 2013. 885⁷ ; *ibid.* 1733, chron. X. Domino et A. Bretonneau⁸ ; AJCT 2013. 431, obs. L. Derridj⁹.

(115) CE, 23 déc. 2015, *UPE*, préc.

(116) CE, 11 juill. 2012, n° 330366, *Hlil*, Lebon T. p. 545 ; AJDA 2012. 1432¹⁰ ; AJFP 2012. 242¹¹.

(117) CE, 22 janv. 2013, n° 355511, *Syndicat national CGT des chancelleries et services judiciaires*, Lebon T. p. 405 ; AJDA 2013. 200¹².

(118) CE, 31 janv. 2014, *M^{me} Picot-Grandjean*, Lebon T. p. 715.