

Le Conseil d'Etat abime les principes de légalité et de sécurité juridique

22 MAI 2018 | PAR PAUL CASSIA | BLOG : LE BLOG DE PAUL CASSIA

Les douze années passées par Jean-Marc Sauvé à la tête du Conseil d'Etat s'achèvent par une jurisprudence, rendue le 18 mai 2018, d'une grande violence symbolique et pratique contre les justiciables.

Au début de l'année 2016, le vice-président du Conseil d'Etat tentait d'identifier les « *traîtres* » à la juridiction administrative (v. Le Monde, 29-30 avril 2018, p. 7). Il n'a pas pu les débusquer pour la raison simple que, s'il y en a, ces « *traîtres* » ne siègent pas dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, là où le vice-président les recherchait, mais probablement au Conseil d'Etat, et même plus précisément à l'Assemblée du contentieux (<http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Missions/Juger-l-administration/Les-formationen-de-jugement/L-Assemblee-du-contentieux>) du Conseil d'Etat, la plus haute de ses formations de jugement, composée de 17 membres et présidée par le vice-président lui-même.

Un nouvel indice en a été donné le vendredi 18 mai 2018 lorsque, par une décision *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT* (n° 414583 (<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/S-election-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/Conseil-d-Etat-18-mai-2018-Federati-on-des-finances-et-affaires-economiques-de-la-CFDT>)), l'Assemblée du contentieux que Jean-Marc Sauvé présidait pour la dernière fois après douze années à la tête du Conseil d'Etat a, une nouvelle fois au cours de cette période, affaibli la protection des administrés (v. Le Conseil d'Etat vu par son futur ex-vice-président (<https://www.mediapart.fr/paul-cassia/blog/090518/le-conseil-d-etat-vu-par-son-futur-ex-vice-president>)), en jugeant que « *les vices de forme et de procédure dont (un acte réglementaire) serait entaché ne peuvent être utilement invoqués que dans le cadre du recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'acte réglementaire lui-même et introduit avant l'expiration du délai de recours contentieux* ». L'on signalera au passage que cette affaire jugée par l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat concernait la légalité d'un décret n° 2017-436 (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000034308126&categorieLien=id>) pris le 29 mars 2017 sur l'avis obligatoire de... la section de l'administration du Conseil d'Etat. Quand sera t-il mis fin à ce cumul des fonctions juridictionnelles et consultatives dans le chef d'une même institution ?

La présentation de cette décision par le titre du communiqué (<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Contestation-d-un-acte-reglementaire>) publié sur le site du Conseil d'Etat en masque habilement la rigueur : « *le Conseil d'État précise les modalités selon lesquelles un acte réglementaire peut être contesté* », écrit l'institution. Le titre exact aurait dû être le suivant : « *le Conseil d'État restreint les modalités selon lesquelles un acte réglementaire peut être contesté* ».

Quelques précisions sont nécessaires pour appréhender la portée de cette jurisprudence, très importante sur les plans pratique et symbolique.

Préalablement à l'adoption par une autorité administrative (Premier ministre, ministre, maire, président d'établissement public...) d'un acte réglementaire, applicable à une catégorie non individualisable d'administrés (les automobilistes, les étudiants, les salariés...) ou de situations administratives (l'urbanisme, l'environnement, la circulation automobile...), il arrive que l'administration soit tenue par les textes de suivre certaines règles de forme et de procédure : consultation d'un ou plusieurs organismes collégiaux, composition de ces organismes, délai de réflexion laissé à ces organismes, information de membres d'assemblées délibérantes...

Une fois adopté, l'acte réglementaire peut faire l'objet d'un *recours direct pour excès de pouvoir* devant un tribunal administratif ou le Conseil d'Etat, dans un délai de deux mois suivant sa publication. S'il est recevable et fondé, ce recours direct conduit à l'annulation (la disparition rétroactive) de l'acte réglementaire. Le juge administratif annule tout acte réglementaire qui est entaché non pas de n'importe quel vice de forme ou de procédure, comme il serait pourtant souhaitable pour l'application du principe de légalité, mais uniquement soit d'un vice de forme substantiel, soit d'un vice de procédure susceptible d'avoir eu une influence sur le sens de cet acte ou constitutif d'une garantie (jurisprudence *Danthony* (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000025041089>) du Conseil d'Etat du 23 décembre 2011). Le Conseil d'Etat a hélas toujours considéré que ces règles de procédure administrative préalables à l'adoption d'un acte (relatives à sa « légalité externe ») n'avaient globalement pas la même importance que les règles de droit « nobles » relatives au bien-fondé (la « légalité interne ») de cet acte, alors pourtant que la logique comme les principes de légalité et de sécurité juridique voudraient que toute méconnaissance, même vénielle, d'une telle règle conduise à l'annulation de l'acte final. Une règle législative ou réglementaire de procédure préalable à l'édition d'un acte administratif ne peut pas servir à rien et être impunément méconnue.

Au-delà de ce délai de deux mois, *l'acte réglementaire peut être contesté de manière indirecte*, à l'occasion d'un recours formé contre une mesure individuelle de mise en œuvre de cet acte ou d'un rejet, par l'administration qui l'a pris, d'une demande tendant à son abrogation (sa suppression pour l'avenir) fondée sur l'article L. 243-2 du Code des relations entre le public et l'administration (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000031366350&idArticle=LEGIARTI000031367677>) : c'est le mécanisme de l'exception d'illégalité qui, si celle-ci est jugée fondée, conduit à la mise à l'écart ponctuelle, dans le seul cadre de l'affaire, de l'acte réglementaire irrégulier.

L'exception d'illégalité d'un acte individuel (applicable à une personne physique ou morale nommément désignée) n'est recevable que tant que cet acte n'est pas devenu définitif (v. récemment : Conseil d'Etat 8 novembre 2017, n° 394764 (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000035990979&fastReqId=133216594&fastPos=1>); Conseil d'Etat 15 avril 2016, n° 394199 (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000032409026>)). En revanche, l'exception d'illégalité d'un acte réglementaire est perpétuelle (v. récemment et *a contrario* : Conseil d'Etat 16 décembre 2016, Association Oiseaux-Nature, n° 391663 (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000033657416&fastReqId=1886657075&fastPos=1>), considérant 6 ; Conseil d'Etat 30 décembre 2003, n° 367615 (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000028416557&fastReqId=603158386&fastPos=1>)).

Dans le cadre de l'exception d'illégalité d'un acte réglementaire, le demandeur pouvait depuis plus d'un siècle et jusqu'au 18 mai 2018 se prévaloir de n'importe quel moyen d'illégalité à son encontre, c'est-à-dire classiquement et comme dans le recours pour excès de pouvoir d'un moyen tiré : 1/ soit de l'incompétence de l'auteur de l'acte réglementaire, 2/ soit du détournement de pouvoir, 3/ soit de son illégalité au regard de normes (législatives, constitutionnelles et internationales) qui lui sont supérieures, 4/ soit enfin d'un vice de forme ou de procédure dont il serait entaché (sur ce dernier point, v. Conseil d'Etat 14 novembre 2012, n° 340539 (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000026631917>) : le moyen tiré, par la voie de l'exception, de l'illégalité d'un texte qui régit la procédure d'adoption de l'acte administratif attaqué est un moyen de légalité externe).

Le 18 mai 2018, l'Assemblée du contentieux a arbitrairement limité le champ des moyens pouvant être soulevés contre un acte réglementaire contesté par la voie de l'exception. Elle a jugé que passé le délai de recours contentieux de deux mois, la procédure administrative préalable à l'adoption d'un acte de portée générale et impersonnelle ne pouvait plus jamais être contestée. Autrement dit, si un acte réglementaire n'a pas fait l'objet d'un recours direct en annulation *par voie d'action* dans les deux mois de sa publication et est partant devenu définitif, aucun administré à qui cet acte est appliqué dans les semaines, les mois et les années suivant l'écoulement de ce délai de deux mois ne peut plus remettre en cause *par la voie de l'exception*, à l'occasion d'un

recours contre la mesure individuelle d'application, les manquements éventuels aux formalités qui ont ou auraient dû être suivies par le pouvoir réglementaire au cours de l'élaboration de l'acte litigieux.

Désormais donc, le demandeur au procès administratif ne peut plus utilement se prévaloir du moyen tiré d'un vice de forme ou de procédure contre un acte réglementaire contesté par voie d'exception ou lors du recours contre le refus d'abrogation de cet acte. L'Assemblée du contentieux a neutralisé un tel moyen au motif non de son irrecevabilité mais de son *inopérance*, c'est-à-dire que à compter du 18 mai 2018, y compris pour les contentieux non encore jugés à cette date, la juridiction administrative n'est même pas tenue de le rejeter explicitement : ici, le silence du juge vaut rejet implicite. Sauf en matière d'urbanisme on va le voir, passé le délai de deux mois suivant la publication d'un acte réglementaire, le vice de forme ou de procédure n'est plus une cause d'illégalité de ces actes : la juridiction administrative n'examinera en aucun cas le bien-fondé de ce moyen, qui ne mérite donc plus le titre de « moyen » que dans le contentieux direct de l'excès de pouvoir. A l'égard des actes réglementaires, le vice de forme ou de procédure a désormais un délai de péremption de deux mois à compter de leur publication.

Cette jurisprudence joue dans les litiges devant la juridiction administrative, mais il est probable qu'elle aura une incidence dans les contentieux civils entre personnes privées où la légalité d'un acte réglementaire sera contestée par l'une des parties. Il est également vraisemblable que le juge pénal décidera de la transposer aux affaires relevant de son champ de compétence.

Cette jurisprudence consacrant une géométrie variable pour une même catégorie de moyens contentieux ne connaissait que deux précédents. L'un concerne le recours contre une disposition de nature législative : la régularité de la procédure parlementaire ne peut être examinée par le Conseil constitutionnel que s'il est saisi par des parlementaires avant la promulgation de la loi ; une fois celle-ci promulguée, seuls les droits et libertés constitutionnels peuvent être invoqués dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité. L'autre concerne les recours contre les actes administratifs de nature réglementaire, et était limitée au contentieux de l'urbanisme : depuis 1994, l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme prévoit que « *l'illégalité pour vice de forme ou de procédure d'un schéma de cohérence territoriale, d'un plan local d'urbanisme, d'une carte communale ou d'un document d'urbanisme en tenant lieu ne peut être invoquée par voie d'exception, après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la prise d'effet du document en cause* », et encore sous deux réserves énoncées par l'article.

Depuis le 18 mai 2018, par un improbable effet boomerang, le droit commun du contentieux administratif est devenu encore plus restrictif que le contentieux de l'urbanisme s'agissant de l'exception d'illégalité des actes réglementaires !

Par une décision n° 93-335 DC du 21 janvier 1994, le Conseil constitutionnel avait admis la constitutionnalité de l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme au nom de la prévention du « *risque d'instabilité juridique* ». La décision du 18 mai 2018 a été semblablement justifiée par le communiqué du Conseil d'Etat : « *le Conseil d'État ajuste l'équilibre entre sécurité juridique et principe de légalité, dans le souci de renforcer la première* ». Or, cette assertion est doublement improbable : d'abord parce que le Conseil d'Etat, qui a refusé pendant des années de consacrer explicitement un principe de sécurité juridique puis l'a reconnu en faveur des administrés, braque désormais ce principe contre eux ; ensuite parce que le « *renforcement* » de la sécurité juridique ne constitue pas un « *ajustement* » de l'équilibre avec le principe de légalité, mais crée un déséquilibre au détriment de ce principe. La sécurité juridique, c'est d'abord pour l'administration l'obligation de respecter les prescriptions qui s'imposent à elle, y compris celles instituant des règles de forme et de procédure régissant le processus d'adoption d'un acte réglementaire. La décision du 18 mai 2018 réussit le tour de force de réduire en même temps sécurité juridique et principe de légalité.

Le constat posé, reste à tenter d'en élucider la ou les causes. Pourquoi ? Pourquoi est-ce que le Conseil d'Etat a depuis 2007 entrepris une politique systématique de réduction de la portée du principe de légalité et de l'effectivité des recours, à rebours des lignes directrices léguées notamment par René Cassin, Marceau Long,

Daniel Labetoulle ou Bruno Genevois ? Pourquoi la majorité des membres de l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat a-t-elle en mai 2018 décidé de marquer le départ de son président par une nouvelle jurisprudence aussi désastreuse du point de vue des demandeurs en justice et aussi favorable aux administrations défenderesses ?

Sans certitude sur ce point, on peut envisager trois séries de raisons expliquant ce moment particulier de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui amoncelle des jurisprudences ouvertement « sécuritaires » en faveur de l'administration :

1/ ce dernier a désormais une conception managériale de la justice administrative, dans laquelle le justiciable n'est plus vu comme un usager d'un service public mais comme une charge à gérer, une unité à traiter en termes de stock et de flux ;

2/ pour que le Conseil d'Etat puisse se consacrer à ses activités de conseil des pouvoirs publics et pour que ses membres disposent de temps pour faire « rayonner » l'institution, il faut tarir le flux des recours, en étouffant préventivement toute velléité contentieuse ;

3/ le Conseil d'Etat a les coudées franches car peu d'observateurs ont, pour l'heure, questionné la direction prise par sa nouvelle ligne jurisprudentielle, toujours plus rigoureuse sur le terrain de la procédure contentieuse depuis plus de dix années maintenant. Il y a pourtant urgence en la matière, tant il est à craindre qu'elle le sera davantage encore demain – à moins qu'enfin ces observateurs fassent vivre dans leur pratique professionnelle les réflexions intemporelles du professeur de droit Jean Rivero à l'égard du recours pour excès de pouvoir : « *nous pensons que la justice est faite pour le justiciable, et que sa valeur se mesure en termes de vie quotidienne. Ce n'est pas le développement du Droit qui nous intéresse, c'est la protection efficace qu'en tire le particulier* » (« Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Recueil Dalloz* (http://www.brameret.eu/textes/Grands-textes/files/Rivero_Huron.pdf), 1962).

Il existe bien un ordre juridictionnel administratif, mais il devient de moins en moins utile de la saisir car il est de plus en plus le gardien des intérêts de l'administration défenderesse. C'est insidieusement, par une accumulation de jurisprudences administratives régressives, que l'Etat de droit se dégrade en France.



Le Club est l'espace de libre expression des abonnés de Mediapart. Ses contenus n'engagent pas la rédaction.

LAUTEUR



PAUL CASSIA (<https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia>)

Professeur des universités en droit

106 BILLETS / 147 CONTACTS



Lisez Mediapart en illimité sur ordinateur, mobile et tablette.

[Je m'abonne](#)

LE BLOG

SUIVI PAR 180 ABONNÉS

Le blog de Paul Cassia (<https://www.mediapart.fr/paul-cassia/blog>) 🌱

MOTS-CLÉS

CONSEIL D'ÉTAT • N° 414583 • PRINCIPE DE LÉGALITÉ • SÉCURITÉ JURIDIQUE • VICE DE FORME OU DE PROCÉDURE

CHOISISSEZ L'INDÉPENDANCE !

[Je m'abonne](#)



- ▶ Accès illimité au Journal et au Studio
- ▶ Participation au Club
- ▶ Application mobile

[Je m'abonne](#)