

Faut-il pardonner Danthony au Conseil d'Etat ?

Manuel Gros

Professeur à l'Université de Lille 2

Doyen honoraire de la faculté Alexis de Tocqueville

Avocat au barreau de Lille

L'on pourrait s'étonner d'un tel intitulé contenant un présupposé négatif à la jurisprudence concernée¹, la notion de « pardon » répondant nécessairement à une faute.

Il est vrai que pour un praticien de la procédure, toute atteinte au formalisme pourrait apparaître comme synonyme de perte d'efficacité des recours contentieux².

Ainsi il serait tentant d'écarter « Danthony » en reprenant Victor Hugo et sa célèbre formule « La forme c'est le fond qui remonte à la surface ». Il est vrai que la forme, c'est ce qui donne corps à l'idée, au sens platonicien de l'idée. En poésie, la forme n'est pas seulement moyen de communiquer, mais beauté en elle-même, puisqu'elle est le sens, qu'elle donne tout leur poids aux mots. En sculpture elle est presque tout (presque parce que le matériau, marbre, bois etc. est important aussi). En peinture elle est essentielle (même l'art abstrait a une forme).

En réalité, sans forme, il n'y a pas de fond.

Et donc relativiser la forme en acceptant l'idée qu'un vice de forme au sens large, même constitué, ne justifie pas systématiquement l'annulation de l'acte qu'elle vicie pourrait paraître critiquable a priori.

Mais en premier lieu "DANTHONY" ce n'est pas que la question de la forme, puisque cette jurisprudence concerne également la modulation des effets dans le temps, ainsi que la formulation des garanties à ne pas enlever à l'administré ou à l'agent. Ensuite un recours (et surtout un recours pour excès de pouvoir) ce n'est pas une oeuvre d'art, c'est une démonstration d'illégalité.

La question est donc : est ce que la forme d'un acte administratif participe nécessairement de sa légalité ? Une réponse de normand s'impose alors ; il est évident qu'un acte signé par une autorité incompétente est illégal, tandis qu'un acte pris par l'autorité compétente mais non signé ne l'est pas réellement s'il n'y a pas de doute sur son auteur, notamment par l'indication du nom de l'auteur et de son titre.

Ainsi la forme d'un acte administratif (au sens large de la légalité externe) peut participer mais ne participe pas toujours de sa légalité.

C'est l'esprit de bon sens de Danthony : laisser au juge le soin d'apprécier la démonstration d'illégalité.

Mais la démonstration juridique n'est pas une science exacte et s'inspire de toutes les démonstrations. Le concept de démonstration est polysémique et ses différents sens - comme d'habitude - illustrent ses différents aspects : la définition première est celle d'un « Raisonnement par lequel on établit la vérité d'une proposition. »³. C'est l'approche scientifique du concept ; on doit ainsi à Newton la démonstration de la loi sur la gravitation universelle. Mais la démonstration est aussi un « déploiement de forces armées en vue d'intimider ou d'abuser l'ennemi »⁴, et c'est alors le sens tactique qui l'emporte. Ce peut-être enfin la « Marque extérieure des sentiments qu'on éprouve ou qu'on feint d'éprouver »⁵, et c'est alors la tonalité affective qui prévaut.

Tous ces sens sont vrais dans la démonstration juridique : elle se doit d'avoir la rigueur de la démonstration scientifique, mais à des fins essentiellement tactiques puisqu'elle vise à convaincre un partenaire juridique, sinon un juge, pour l'emporter juridictionnellement, tout en étant éminemment subjective, voire affective.

Dans ces conditions de subjectivité de la démonstration juridique, pourquoi ne pourrait-on pas alors faire devant le juge une démonstration de l'illégalité formelle (externe) comme de l'illégalité de contenu (interne) ?

L'on peut certes discuter et les anciens et les académiques s'opposeront aux modernes et pragmatiques.

L'on doit en tous les cas formuler la question autrement que de dire si l'on aime ou si l'on n'aime pas Danthony, mais en s'interrogeant sur ce qui peut justifier, dans l'esprit de Danthony, une telle remise en cause de la simplicité, de la clarté et de l'habitude du vice de forme cause systématique d'illégalité .

Car il est vrai que la jurisprudence⁶ à laquelle appartient cet arrêt constitue une sorte de viol des principes à l'origine du recours pour excès de pouvoir dégagés par Laferrière⁷, dans sa conception de l'illégalité « guillotine » et rétroactive».

L'on n'est pas obligé d'aimer ce viol, mais on peut le comprendre ou au moins le pardonner !

Nous pensons dans cette limite qu'il y a au moins trois bonnes raisons de pardonner au conseil d'État cette jurisprudence, simple élément d'un puzzle (I), sans doute neutre en équité (II) et en tous les cas transparente(III).

I. DANTHONY N'EST QUE L'UNE DES PIÈCES D'UN NOUVEAU PUZZLE :

Comme souvent, on a tendance à surestimer un arrêt célèbre, alors que toute jurisprudence est nécessairement sédimentaire et suppose un certain nombre de grains de sable pour constituer un tas comme l'enseignait André de Laubadère en s'inspirant de la Genèse, dans la Bible.

Et Danthony n'est pas à lui seul un tas, c'est-à-dire une jurisprudence, ce n'est qu'un grain de sable.

Certes, c'est incontestablement une jurisprudence célèbre qui a au moins deux apports, l'un dans la recherche, pour justifier l'annulation de ce que le vice de forme ou de procédure « 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 (...) »⁸, l'autre dans la modulation des effets dans le temps de l'annulation⁹

Ainsi, Danthony est plus un esprit qu'une jurisprudence.

C'est l'esprit à la fois d'une nouvelle définition du recours contentieux et du recours pour excès de pouvoir (moins objectif, moins « guillotine » mais aussi de l'office du juge (plus d'appréciation, plus d'équité).

Or pour ce nouvel esprit, on pourrait presque dire ce nouvel ordre des recours et de l'office du juge, Danthony n'est ni le premier, ni surtout le seul.

On rappellera trois exemples célèbres parmi tant d'autres.

Le premier relève de l'annulation conditionnelle, dans le fait de donner à l'administration le temps de

régulariser une illégalité seulement formelle. C'est le sens de l'arrêt « Titran » du Conseil d'Etat¹⁰ où la Haute Assemblée, constatant une illégalité grave (« l'absence, dans l'acte réglementaire de création d'un traitement d'informations nominatives, des mesures propres à assurer le respect des conditions ou réserves figurant dans l'avis préalable de la Commission entache cet acte, dans son ensemble, d'illégalité ») donne deux mois au Garde des sceaux pour régulariser (« il y a lieu de décider que le garde des sceaux disposera d'un délai de deux mois à compter de la notification de la présente décision pour, selon son choix, compléter les arrêtés contestés en prévoyant, conformément à l'avis de la CNIL, le délai maximal de conservation des données... ») à raison de l'intérêt général (« Toutefois, le traitement automatisé autorisé par les deux arrêtés en cause est nécessaire au bon fonctionnement du service public de la justice »). Cette jurisprudence qui fait perdre de son efficience au recours pour excès de pouvoir est aujourd'hui fréquente, notamment en matière de grosses opérations urbanistiques¹¹

Le deuxième, très pédagogique à l'égard de l'administration a été dénommé technique de « l'annulation en tant que », révélée par l'arrêt « Vassilikiotis »¹², et dans lequel l'assemblée du Conseil d'Etat intègre dans son dispositif d'annulation des conseils à suivre pour éviter toute conséquence à l'annulation (« DECIDE : Article 1er : L'arrêté du 15 avril 1999 du ministre de l'intérieur, du ministre de la culture et de la communication et du secrétaire d'Etat au tourisme est annulé en tant qu'il ne prévoit pas les conditions d'attribution de la carte professionnelle des personnels qualifiés pour conduire des visites dans les musées et monuments historiques aux personnes titulaires de diplômes d'autres Etats membres de l'Union européenne. Cette annulation comporte pour l'Etat, les obligations énoncées aux motifs de la présente décision. »).

Enfin le troisième, repris par l'arrêt « DANTHONY », résulte de la célèbre décision « Association AC »¹³ qui mit un terme à la rétroactivité automatique de l'annulation de l'acte administratif. En effet, le Conseil y évoque que si la rétroactivité de l'acte administratif emporte des conséquences trop excessives, le juge administratif peut déroger à ce principe. On a parlé d'annulation « platonique » !

L'esprit « Danthony » procède ainsi d'une évolution profonde, latente, et selon nous omni présente dans la jurisprudence en termes d'accroissement (et de subjectivisation) du pouvoir d'appréciation du juge en matière de légalité formelle mais tous ces arrêts (« AC » « TITRAN », « Vassilikiotis » et « DANTHONY » - qui en cachent d'autres plus implicites -) ont le mérite de le dire expressément¹⁴

En tous les cas si DANTHONY révèle la subjectivité du contentieux administratif il n'est pas le seul, et il serait donc injuste de l'accuser d'être responsable à lui seul de la dégénérescence de la procédure.

II. DANTHONY EST EN REALITE SANS DOUTE NEUTRE EN EQUITÉ.

Un des reproches majeurs, notamment du point de vue des avocats, fait à la jurisprudence ou à l'esprit « Danthony » est de donner l'impression de favoriser l'administration de façon excessive.

Il faut en effet se poser la question de ce nouvel esprit de la jurisprudence en matière de forme comme celle de savoir si cette évolution a favorisé l'administration ou le justiciable et plus précisément l'administré ?

Il est vrai qu'à simple lecture les jurisprudences « Danthony, Titran, Vassilikiotis, AC », sont indiscutablement plutôt en faveur de l'Administration négligente sur la forme. La fin du caractère rétroactif de l'annulation et l'annulation avec effet différé dans le temps, la fin du vice de forme « substantiel » (ancienne jurisprudence) systématiquement sanctionné, au profit d'un vice de forme affectant le contenu de la décision ou une garantie essentielle, l'annulation « en tant que » pourraient être pris comme autant de bienveillances à l'égard d'une administration n'ayant pas respecté stricto sensu le principe de légalité. Dans une approche critique, on pourrait en effet dire que l'administration gagne avec ces jurisprudences sur les deux tableaux : elle n'est pas soumise à

l'annulation systématique de ses irrégularités de forme ou de procédure (Danthony, Titran), et en cas d'annulation celle-ci n'est que partielle (Vassilikiotis) voir « platonique » (Association AC, Danthony).

De la sorte, le défendeur permanent, dans le procès administratif, que constitue l'administration pourrait paraître immunisé par la jurisprudence contre le vice de forme.

Mais un examen approfondi de la jurisprudence actuelle des juges du fond (tribunaux administratifs et cours administratives d'appel) révèle peut-être la même bienveillance à l'égard cette fois du requérant permanent que constitue l'administré en matière de forme.

En effet, l'on ne peut que constater un déclin de la forme procédurale exigée dans les requêtes comme un déclin des fins de non-recevoir retenus comme moyens de défense de l'Administration, assimilable sans doute à un pendant procédural de Danthony (qui concerne l'acte) et qui va cette fois dans le sens du justiciable.

Les juges du fond compenseraient ainsi à l'égard de l'administré la jurisprudence du conseil d'Etat favorable à l'administration, en tous les cas du point de vue de la forme. L'on peut ainsi émettre l'idée d'une compensation de l'indulgence du juge sur la forme à l'égard de l'Administration (acte) par une indulgence du juge à l'égard du citoyen sur la forme des recours (déclin des Fins de non-recevoir)..

Cette évolution parallèle et compensatoire se fait nécessairement au nom de l'équité, au-delà de ce que permet en réalité le code de Justice administrative.

Ce n'est pas sans risque car trop d'équité, que ce soit en faveur de l'Administration (Danthony, AC, Titran, Vassilikiotis) ou de l'administré (déclin des fins de non-recevoir) « tue » le droit et cela n'est pas sans rappeler le vieil adage de l'ancien régime « Que Dieu nous garde de l'équité des parlements », qui visait déjà le risque d'inégalité de traitement selon le justiciable¹⁵.

En tous les cas dans cette extension, l'esprit général de Danthony, au sens d'une exigence de forme modulée par un extrême pouvoir d'appréciation en équité du juge, profite autant à l'Administration qu'à l'Administré.

Le seul perdant sera sans doute l'avocat professionnel, à qui on coupe les ailes de la légalité externe (en requête) et le droit à l'usage des fins de non-recevoir (en défense).

Danthony serait alors une « popularisation » du recours pour excès de pouvoir, que l'on peut présenter, d'une certaine manière, comme une avancée.

Cela permet en tous les cas de contester l'association faite parfois entre la jurisprudence « Danthony » et la bienveillance prétendue du juge à l'égard de l'administration.

III. DANTHONY EST TRANSPARENT :

Danthony (et même l'ensemble jurisprudentiel constitué par Danthony, TITRAN, VASSILIKIOTIS, AC et autres) a le mérite d'être transparent et de dire les choses telles elles sont.

Certains arrêts du Conseil d'Etat sont extrêmement discutables par leur obscurité. Ainsi le célèbre arrêt A.P.R.E.I du Conseil d'Etat¹⁶, selon un mode de présentation dans lequel la Haute Assemblée prétend présenter des règles d'analyse (ici les critères d'identification du service public) pour finalement ne pas se les appliquer à elle-même, cache en fait un grand pouvoir d'appréciation du juge derrière de prétendues règles juridiques générales. Pour cet exemple « caricatural » de 2007, la doctrine a été très critique.

Pour autant ce type de raisonnement où l'explicite émission de règles du jeu cache en fait un implicite pouvoir d'appréciation sont légions dans les grands arrêts de la jurisprudence administrative.

C'est même le cas de nos plus grands arrêts, dont nous nous contenterons de rappeler quelques monuments.

Ainsi l'arrêt mythique de la « Société des Granites porphyroïdes des Vosges » de 1912¹⁷ crée – sans la citer d'ailleurs – le critère célèbre de la clause exorbitante du droit commun, par ailleurs quasiment introuvable dans la jurisprudence, mais qui sert pourtant de référence quasi systématique de la jurisprudence sur le contrat. La découverte récente du cahier des charges concerné révèle pourtant sans doute une volonté prétorienne du conseil d'État visant à ne pas encombrer son prétoire d'un certain nombre de contrats pourtant de travaux publics¹⁸.

Tout aussi célèbre l'arrêt « Benjamin »¹⁹ pilier du contrôle de l'adéquation des mesures aux faits, aussi appelé contrôle de proportionnalité a créé sans le dire une appréciation quasi illimitée du juge sur la notion de mesure de police « appropriée ».

Fondateur également l'arrêt « Le Béton »²⁰ et les célèbres critères de l'affectation du domaine et de l'aménagement spécial qui cachent des multitudes de pouvoir d'appréciation du juge sur ce qu'est l'affectation d'une part et sur ce qui constitue l'aménagement spécial d'autre part. Toutes les jurisprudences postérieures sont venues démontrer la très grande subjectivité cette appréciation²¹.

Même remarque enfin pour l'arrêt d'assemblée « Epoux V »²² où le Conseil d'Etat admit implicitement l'engagement de responsabilité de l'hôpital sur la seule faute simple médicale et abandonna le régime de la faute lourde, mais où il accompagna ce revirement d'un communiqué de presse du même jour, explicite et explicatif, selon lequel : "Le juge administratif continuera de tenir compte, dans son appréciation de la faute, des difficultés particulières, de l'urgence, de l'état des connaissances et des moyens." Cette explication du juge, à destination des juridictions du fond, démontre que la faute hospitalière porteuse de responsabilité ne sera pas systématique, mais appréciée souverainement par le Juge in concreto.

Et l'on pourrait généraliser à tous les domaines importants du droit administratif : la théorie de la voie de fait, la théorie de l'imprévision, la théorie de l'acte inexistant, la théorie de la faute de service et de son contraire la faute personnelle dans l'examen de la détectabilité éventuelle à l'égard du service....

En bref une grande partie la jurisprudence démontre l'extrême subjectivité et l'extrême pouvoir d'appréciation du juge administratif.

Le grand mérite de la jurisprudence DANTHONY c'est de le dire clairement.

La grande force de DANTHONY est d'assumer l'appréciation discrétionnaire du juge.

Naguère l'on disait que l'arbitraire de l'Administration était compensée par l'office du juge, en des termes sans doute politiquement corrects.

En fait il est plus vrai de dire qu'à l'arbitraire de l'Administration se substitue aujourd'hui une forme d'arbitraire du juge.

Et ce n'est pas le moindre mérite de DANTHONY car cet « arbitraire », malgré la connotation péjorative du terme, a le mérite d'être ...impartial.

En conclusion, accuser la jurisprudence Danthony d'une prétendue dégénérescence du recours pour excès pouvoir serait injuste puisque Danthony n'est qu'un élément d'un grand puzzle qui se construit depuis quelques décennies. Accuser d'Anthony de trop favoriser l'administration serait

injuste car l'esprit de Danthony favorise aussi le justiciable. Accuser Danthony de laisser hypocritement trop de pouvoir au juge serait injuste, car au moins l'esprit de cette jurisprudence est d'assumer ce pouvoir d'appréciation.

On évoque souvent le principe de sécurité juridique, et celui du pragmatisme, pour soutenir cette jurisprudence, mais on le fait à notre sens à tort car c'est surtout la sécurité juridique de l'administration qu'on croit alors protéger au travers de l'esprit DANTHONY, notamment en termes de pragmatisme.

Mais la sécurité juridique c'est aussi de se rendre dans un tribunal et de savoir qu'on est effectivement soumis au pouvoir d'appréciation, et d'une certaine mesure à l'arbitraire du juge qui appréciera souverainement par exemple si la question de forme qui est évoquée est substantielle ou non.

Le savoir, pour les justiciables, et un élément essentiel de sécurité juridique.

Cela suppose certes (l'arbitraire du juge) un bon juge.

Le juge administratif français l'est-il ? (bon). On ne saurait en douter, ni en termes de compétence, ni en termes d'indépendance.

Voilà pourquoi, à mon sens, il faut pardonner Danthony au Conseil d'Etat.

1- NDA : le présent texte est la reprise d'une intervention pré orientée par les organisateurs du colloque, dans laquelle l'auteur avait pour mission de dresser les côtés positifs de la jurisprudence étudiée.

2- Cf. sur l'importance du respect des règles de forme en procédure administrative « les fins de non-recevoir devant la juridiction administrative » manuel GROS, thèse 1985, université de Lille2.

3- In Grand Larousse de la langue française en 7 volumes- Edition 1971, page 1205.

4- Ibidem.

5- Ibidem.

6- On verra plus loin que cela dépasse le seul arrêt du CE, 23 décembre 2011, Danthony, n°335033.

7- Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 2 vol., Berger-Levrault, 1887-1888 (2e éd. 1896 ; réimpression LGDJ 1989).

8- CE, 23 décembre 2011, Danthony, précité.

9- « il y a lieu de prévoir que l'annulation prononcée par la présente décision ne prendra effet qu'à compter du 30 juin 2012 et que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de la présente décision contre les actes pris sur son fondement, les effets produits par les dispositions du décret attaqué antérieurement à son annulation seront regardés comme définitifs » (ibidem)

10- CE, , TITRAN, 27 juill. 2001, n° 225509.

11- Par exemple, dans l'affaire dite du « Grand stade » (TA Lille 27 janvier 2011, la légalité du permis de construire du "Grand Stade Lille métropole" délivré le 17 décembre 2009 par les maires de Lezennes et de Villeneuve d'Ascq à la société Elisa était selon le juge entaché d'un double vice de procédure, dans le constat d'une part, du fait que l'étude de désenfumage du stade n'avait pas été soumise à la commission de sécurité, et d'autre part, à la composition irrégulière de la commission d'accessibilité pour les personnes handicapées. Toutefois, estimant que l'annulation immédiate du permis de construire aurait des conséquences manifestement excessives, compte tenu, d'une part,

de l'intérêt général qui s'attache à la réalisation du "Grand Stade" dans les meilleurs délais et, d'autre part, de la portée limitée de ces deux vices de procédure, le Tribunal a décidé de surseoir à statuer sur la requête afin de permettre à la société Elisa, si elle le juge utile, de présenter une demande de permis de construire modificatif de nature à régulariser la décision attaquée, et aux maires de Lezennes et de Villeneuve-d'Ascq, le cas échéant, de le lui délivrer. Un délai de quatre mois est accordé à la société Elisa pour produire ce permis modificatif au Tribunal, ce qu'elle ne manqua pas de faire.

12- CE, ass., 29 juin 2001, n° 213229, Vassilikiotis

13- CE, ass., 11 mai 2004, Association AC Agir contre le chômage.

14- Cf. infra en III.

15- Il est vrai que pour Hugo, « La première égalité, c'est l'équité."

Victor Hugo - 1802-1885 - Les Misérables - 1862, ce à quoi Charles MAURRAS aurait opposé « l'équité, c'est l'égalité des incapables. ».

16- CE Section, 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI), n°264541 et CE 7ème et 2ème sous-sections réunies, 5 octobre 2007, Société UGC-Ciné-Cité, n°298773.

17- Société des Granites porphyroïdes des Vosges / ville de Lille ; req 30701, rec.909 conclusions BLUM.

18- Sur cette question, voir Manuel GROS « L'erreur de Léon BLUM ? » in AJDA 22 juillet 2013, page 1489.

19- Conseil d'Etat 19 mai 1933 BENJAMIN. R. 451.

20- Conseil d'Etat sect. 19 octobre 1956, Société « Le béton ». rec.375.

21- Cf. sur ce point, Manuel GROS " L'affectation, critère central de la domanialité publique." (Revue du Droit Public Juillet 1992, page 750).

22- CE Ass., 10 avril 1992, Epoux V., R. 171, concl. Legal

Afficher la date de publication:

Publié le 21 décembre 2016

URL de la source (modifié le 25/10/2017 - 11:32): <http://www.cabinet-gros-hicter.fr/fr/publications/nos-articles/faut-il-pardonner-danthony-au-conseil-detat>