

CHRISTINE FERRARI-BREEUR

Maître de Conférences (HDR) en droit public à l'Université de Lyon Université Jean Moulin

Lyon 3

christine.ferrari@univ-lyon3.fr

IL DIRITTO DI AZIONE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO FRANCESE: LE RECENTI EVOLUZIONI

LE DROIT D'ACTION DANS LE PROCES ADMINISTRATIF FRANÇAIS: LES RECENTES EVOLUTIONS¹

SINTESI

Après une présentation des différents types de recours administratifs dans le système français, l'Auteure dessine les principales évolutions vers la subjectivation du jugement administratif. À cette fin, réalise une analyse jurisprudentielle et législative nationale et communautaire, notamment sur la question des marchés publics. Ces considérations permettent à l'Auteure de souligner la raison d'être des récents mécanismes de limitation de l'accès au juge et les criticités d'un juge administratif "modulable".

ABSTRACT

After to have carried out a recognition of different administrative reviews in French legal system, the Author illustrates the main developments towards the so called "administrative adjudication subjectivity". She realizes a jurisprudential and regulatory analyses at national and Community level for this purpose (especially in the field of public procurement). The Author, then, underlines the mechanism limiting access to administrative justice, their logic, and the criticalities of a "adjustable" judicial office.

PAROLE CHIAVE: excès de pouvoir, subjectivisation du jugement administratif, motivation, irrecevabilité des recours, accès au juge.

KEYWORDS: misuse of powers, administrative adjudication subjectivity, recital, inadmissibility of action, access to justice.

INDICE: 1. Introduction. – 2. Une extension de la recevabilité des recours. – 3. Une subjectivisation dans l'office du juge.

¹ L'auteure souhaite remercier le Professeur François Lichère pour l'ensemble de ses conseils qui ont permis de rédiger cette contribution.

1. Introduction.

Le modèle du recours pour excès de pouvoir français s'est longtemps voulu un examen objectif de la légalité des actes administratifs. Il s'agissait alors de mettre en place un juge opérant un contrôle purement abstrait. Toutefois, ce modèle tend à évoluer, à l'instar de ce qui se passe dans d'autres pays européens, pour transformer le juge français en un juge des situations litigieuses et non plus des décisions désincarnées de l'administration. Ce recours a donc tendance à passer d'un procès fait un à acte à un procès entre parties, ce qui n'est pas sans le rapprocher du recours de pleine juridiction (ou de plein contentieux).

Pour mieux comprendre cette affirmation, il convient, à titre préliminaire, de rappeler quels sont les différents recours contentieux existant en France.

Selon la classification la plus communément admise depuis Edouard Laferrière, les recours se répartissent en quatre catégories selon les pouvoirs exercés par le juge. Outre le contentieux de l'interprétation et de l'appréciation de légalité et celui de la répression, il existe le contentieux de pleine juridiction et celui de l'annulation. Dans le cadre de ce dernier, il est demandé au juge de se prononcer sur la régularité d'un acte; il ne peut alors que rejeter le recours s'il estime l'acte légal ou annuler l'acte pour illégalité. Le principal recours en annulation est le recours pour excès de pouvoir qui n'a été expressément prévu par aucun texte mais qui a été progressivement construit par le Conseil d'Etat. Il en a d'ailleurs fait un principe général du droit par son arrêt *Dame Lamotte* du 17 février 1950². Quant au recours de pleine juridiction, il se caractérise par le fait que le juge dispose de larges pouvoirs comparables à ceux du juge judiciaire dans les procès entre particuliers: il peut réformer l'acte administratif, voire lui en substituer un nouveau. A cette branche se rattachent notamment les contestations relatives aux contrats administratifs.

Une autre présentation est toutefois possible en s'attachant à des critères propres au litige. Ainsi, Léon Duguit préférait une classification matérielle en fonction de la nature de la question posée. Selon lui, une distinction fondamentale devait être établie entre le contentieux objectif dans lequel le requérant invoque la méconnaissance d'une question de droit (le recours pour excès de pouvoir en serait l'illustration majeure) et le contentieux subjectif dans lequel le requérant invoque une atteinte portée à une situation juridique et à des droits

² CE Ass. Min. Agriculture c/ *Lamotte*, Lebon 110, in *RDP*, 1951, p. 478, note Waline.

individuels (notamment dans le cadre du contentieux contractuel). Le premier type de recours est alors largement ouvert et l'autorité de la chose jugée est absolue. Le second n'est accessible qu'aux seuls requérants ayant un intérêt personnel direct et l'autorité de la chose jugée n'est que relative.

Ces schémas, complémentaires et non rivaux, sont anciens (1887 pour la classification de Laferrière et 1923 pour celle de Léon Duguit)³. Ils demeurent cependant pertinents en tant que base de description de la situation française actuelle qui se caractérise par l'acceptation d'un intérêt à agir toujours plus large, que l'on se situe en présence d'une décision unilatérale ou dans le cadre d'une relation contractuelle. Cette ouverture est toutefois relative: en effet, l'extension de la recevabilité peut s'accompagner d'une limitation des moyens invocables et même d'une modulation des conséquences d'une illégalité. En d'autres termes, certaines avancées en matière de recevabilité ne se traduisent pas forcément en définitive par la « victoire » des requérants.

A qui profite alors cette double évolution? Au juge administratif lui-même qui non seulement étend le champ de son intervention (I) mais aménage l'application des règles en fonction des circonstances, si bien que l'on peut parler de subjectivisation de son office (II).

2. Une extension de la recevabilité des recours.

En France, le droit d'exercer un recours juridictionnel est un principe à valeur constitutionnelle reconnu tant par le Conseil constitutionnel⁴ que par le Conseil d'Etat⁵. Ce droit, également consacré au niveau européen, est garanti par les cours de Strasbourg⁶ et de Luxembourg⁷. Les juges français vont alors œuvrer à permettre une plus grande ouverture de l'ensemble des recours en assouplissant les conditions de recevabilité. Or, cette tendance ne se constate

³ E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 vol., Berger-Levrault 2^e éd. 1896, t.1, p. 15 ss.; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Bocard 3^e éd. t.1 à 3, 3^e éd. 1927 et 1928 dont t.2, p. 458 ss. On citera également la classification de René Chapus qui distingue le contentieux des recours contre une décision du contentieux des poursuites contre une personne: R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, in LGDJ - *Précis Domat droit public*, 13^e éd. 2008, p. 211 ainsi que celle élaborée par Fabrice Melleray qui distingue les recours «holistes» visant à valoriser prioritairement la collectivité des recours individualistes qui tendent à valoriser prioritairement les requérants potentiels: F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, in LGDJ, in coll. «Bibl. Droit public», 2001, t. 212, p.165 ss.

⁴ Cons. Const. 9 avr. 1996, n° 96-373 DC.

⁵ CE 29 juill. 1998, Synd. des avocats de France, Lebon 313.

⁶ Not. CEDH 26 oct. 2000, Kudla c/ Pologne, Rec. CEDH §157 et sur l'effectivité du recours, not. CEDH 27 juin 2000, Ihlán c/ Turquie, Rec. CEDH §97.

⁷ CJCE 15 mai 1986, Marguerite Johnston, aff. 222/84, ECLI:EU:C:1986:206.

pas seulement dans le cadre du recours pour excès de pouvoir (A) mais aussi en matière de plein contentieux (B).

A- Par le juge de l'annulation

En premier lieu, c'est le domaine des libertés publiques et plus précisément de l'expression cinématographique qui retiendra notre attention⁸. Pour être diffusé publiquement en salles, un film a besoin d'obtenir un visa d'exploitation délivré par le Ministre chargé de la culture⁹. Or, il était communément admis que la décision¹⁰ de classification d'une œuvre ne pouvait être défavorable qu'à la personne destinataire, à savoir le producteur. Par conséquent, lui seul semblait pouvoir invoquer un défaut de motivation. Ainsi, le Conseil d'Etat, analysant le visa octroyé en 2009 au film *Antichrist* de Lars Von Trier, aurait pu s'en tenir à la constatation que cette décision tendait à une restriction de l'exploitation du film en ce qu'il interdisait la projection aux mineurs de seize ans et considérer qu'un défaut de motivation était un moyen inopérant lorsqu'il était soulevé par un tiers. Ce n'est pas ce qu'il a fait puisqu'au contraire, il a jugé que, s'agissant d'un régime de protection de l'enfance et de la jeunesse, toute personne directement intéressée à cette protection était recevable à se plaindre d'un défaut de motivation de la classification¹¹.

Or, cette obligation de motivation vise également l'avis de la Commission de classification des œuvres cinématographiques (CCOC) qui est obligatoirement préalablement consultée¹². Pour le juge administratif, cette motivation est aussi utile au ministre qu'au public qui doit être informé sur les circonstances prises en considération pour délivrer le visa. Ainsi, «*d'insuffisance de motivation (...) est susceptible (...) de priver les différents intéressés d'une garantie au regard des limitations à la liberté d'expression que constitue toute mesure restreignant la diffusion d'une œuvre cinématographique*». Il en déduit que «*des associations requérantes sont (...)*

⁸ Sur cette thématique, voir notamment C. FERRARI-BREEUR, *Visa d'exploitation: le règne du paradoxe*, in *Juris Art etc.*, Dalloz, 5/2013, p. 38 ss.; R. MEDARD, *De la jurisprudence à la réforme réglementaire: le visa d'exploitation cinématographique à l'épreuve d'un effet ciseau*, in *Rev. des Droits de l'homme* [en ligne], Actualités Droits-Libertés, 2016; J. MERCIER, *Le juge administratif et le sens des images. Les mutations des techniques contentieuses du contrôle des visas d'exploitation*, in *Rev. Des droits de l'homme*, 11/2017; M. LE ROY, *Nouvelles dispositions sur la classification des films: une réforme en trompe l'œil*, in *Légipresse*, 348/2017, p. 218 ss.

⁹ Art. L. 211-1 du Code du cinéma et de l'image animée.

¹⁰ Qui ne présente pas un caractère réglementaire selon le Conseil d'Etat, Juge des référés, 6 déc. 2010, n° 344567.

¹¹ CE 25 nov. 2009, Association Promouvoir et autres, n° 328677 et n° 328769, Rapport d'activité de la CCOC 1^{er} janv. 2007 - 31 déc. 2009, p. 152 et s., note in *AJDA*, 2010, p. 614.

¹² Art. R. 211-10 du Code du cinéma et de l'image animée; sur l'ensemble de la procédure cf arts. R. 211-1 et s.

*fondées à demander l'annulation pour ce motif de la décision attaquée*¹³. Là encore, les tiers sont donc en droit d'invoquer ce motif antérieurement réservé au destinataire de la décision prise sur la base de l'avis de la CCOC.

Cette évolution pourrait s'expliquer du fait que l'on situe dans le domaine des libertés et que l'objectif de protection conduit à ouvrir le prétoire à un maximum de requérants. Pourtant, la même évolution va se retrouver notamment en matière économique.

En second lieu, ce sont en effet les actes pris par les autorités de régulation qui ont conduit le Conseil d'Etat à faire évoluer sa jurisprudence en matière de recevabilité des recours. Traditionnellement, la possibilité de contester un acte administratif devant le juge était soumise à la condition que celui-ci produise des effets juridiques. Or, cette exigence a connu un aménagement notable par deux arrêts d'Assemblée de 2016¹⁴.

En principe, ni les communiqués de presse de l'Autorité des marchés financiers (AMF), ni la prise de position de l'Autorité de la concurrence ne créant, par eux-mêmes, de droit ou d'obligation juridique, le Conseil d'Etat aurait dû rejeter les requêtes comme dirigées contre des actes *«ne faisant pas grief»*. Mais face à l'importance croissante de la régulation par de tels instruments dits de *«droit souple»*¹⁵, le Conseil d'Etat a alors pris en compte les conséquences que les actes attaqués étaient susceptibles d'avoir, dans les faits, sur la situation des acteurs concernés. Il a ainsi décidé d'ouvrir le recours pour excès de pouvoir contre les actes des autorités de régulation qui *«sont de nature à produire des effets notables»*, ou qui *«ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent»*.

Ainsi, le Conseil d'Etat a considéré dans la première espèce que les communiqués de l'AMF *«sont destinés aux investisseurs et ont pour objet de les mettre en garde contre les conditions dans lesquelles sont commercialisés plusieurs produits de placement, précisément identifiés (...) et de leur adresser des recommandations de vigilance; qu'ils (...) ont*

¹³ CE 29 juin 2012, Association Promouvoir et autres, n° 335771 et n° 335911, in *AJDA*, 2012, p. 1957, note B. Pacteau; in *AJDA*, 2013, p. 1733, chron. X. Domino, A. Bretonneau.

¹⁴ CE Ass. 21 mars 2016, Société Fairvesta International GMBH et autres, Lebon 76 et Société NC Numericable, Lebon 88. Sur la première espèce, voir notamment in *AJDA*, 2016, p. 572; in *AJDA*, 2016, p. 717, chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET; D. 2016, p. 715, obs. M.-C. DE MONTECLER; in *AJCA*, 2016, p. 302, obs. S. Pelé; in *Rev. Sociétés*, 2016, p. 608, note O. Dexant - de Baillencourt; in *RFDA*, 2016, p. 497; in *RTD civ.*, 2016, p. 571, obs. P. Deumier; in *RTD com.*, 2016, p. 298, obs. N. Rontchevsky; in *RTD com.*, 2016, p. 711, obs. F. Lombard. Sur la seconde, in *AJDA*, 2016, précité; D. 2017, p. 881, obs. D. Ferrier; in *AJCA*, 2016, précité; in *Rev. Sociétés*, 2016, précité; in *RFDA*, 2016, p. 506; in *RTD civ.*, 2016, précité; in *RTD com.*, 2016, précité.

¹⁵ Voir Conseil d'Etat, Etude annuelle 2013 - *Le droit souple*, La documentation française.

connu une large diffusion (...); que la société Fairvesta (...) fait valoir des éléments sérieux attestant que la publication de ces communiqués a eu pour conséquence une diminution brutale des souscriptions (...); qu'ainsi les communiqués contestés doivent être regardés comme étant de nature à produire des effets économiques notables et comme ayant pour objet de conduire des investisseurs à modifier de manière significative leur comportement vis-à-vis des produits qu'ils désignent; que, dans les circonstances de l'espèce, ces communiqués (...) doivent être regardés comme faisant grief à la société».

Dans la seconde affaire, le même raisonnement va être repris concernant la prise de position de l'Autorité de la concurrence reconnaissant à la société Groupe Canal Plus la possibilité d'acquérir des droits de distribution exclusive des chaînes de télévision sur la plateforme de Numericable. Ici, le Conseil d'Etat a considéré que cette prise de position avait pour effet la modification de la situation concurrentielle qu'elle permettait. Par conséquent on était bien en présence d'acte «faisant grief» pouvant être contesté par un recours pour excès de pouvoir.

Cette évolution jurisprudentielle permet, selon la rapporteure publique dans ses conclusions sur l'affaire Fairvesta, de soumettre l'ensemble de l'exercice non contraignant de régulation à un contrôle de légalité. Cela relève d'une démarche active de la part du Conseil d'Etat qui, avec ces deux arrêts, étend sa compétence afin de contrôler l'ensemble des orientations économiques impulsées par les autorités indépendantes de régulation. Là encore, cette démarche pourrait se justifier car elle se situe dans un contentieux objectif¹⁶. Or, le contrôle du juge va également s'étendre dans le cadre du recours de pleine juridiction.

B- En matière de plein contentieux

La première espèce concerne les installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE)¹⁷. Sont soumises à autorisation celles qui présentent les plus graves dangers ou inconvénients notamment pour la protection de la nature¹⁸. Une société désirant exploiter un centre de stockage et un centre de tri pour différents types de déchets introduit donc une demande qui sera refusée par le Préfet. Le demandeur va alors s'adresser au juge administratif qui, dans ce cadre, dispose d'une pleine compétence pour annuler ou confirmer la décision mais aussi la réformer ou la compléter. En d'autres termes, le juge a le

¹⁶ Le Conseil d'Etat vient d'ailleurs de transposer la jurisprudence *Fairvesta* dans un arrêt du 19 juill. 2019, n° 426389: il a considéré que l'appréciation dont la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) juge utile d'assortir la déclaration de situation patrimoniale d'un parlementaire fait grief à celui-ci.

¹⁷ Définies à l'art. L. 511-1 du Code de l'environnement.

¹⁸ Art. L. 512-1 du Code de l'environnement qui renvoie à l'art L. 511-1 précité.

pouvoir d'autoriser la création et le fonctionnement d'une IPCE et, dans cette situation, les tiers intéressés sont susceptibles de ne pas être partie à l'instance au cours de laquelle le juge accorde le droit d'exploitation. C'est ce qui va se passer dans l'espèce puisqu'un jugement du tribunal administratif (TA) va permettre à la société d'obtenir l'autorisation en février 2011¹⁹, les juges laissant le soin au préfet de fixer les conditions de l'exploitation. Or, des riverains ou des associations pourraient légitimement vouloir critiquer cette décision. Mais ils n'ont pas la possibilité d'interjeter directement appel, faute d'avoir été parties au jugement; ils ne peuvent pas davantage introduire de recours contre cette autorisation délivrée par un juge. Est ce à dire qu'aucune voie contentieuse n'est ouverte à ces tiers, pourtant hostiles au projet dès le départ?

En application du code de justice administrative²⁰, les associations vont pourtant contester le jugement de 2011 et les arrêtés préfectoraux de prescriptions. Alors qu'en première instance la tierce opposition est rejetée²¹, la Cour administrative d'appel (CAA) décide, avant de statuer, de transmettre le dossier au Conseil d'Etat²² afin qu'il rende un avis sur la possibilité et les conditions de l'utilisation du mécanisme de la tierce opposition²³. Le Conseil va répondre précisément en considérant d'abord que l'article R. 832-1 du code de justice administrative énonce une règle générale et que, dès lors, les jugements rendus en matière d'installations classées peuvent faire l'objet d'une tierce opposition. Quant à l'article R. 514-3-1 du code de l'environnement²⁴, s'il permet bien aux tiers de contester la légalité des autorisations délivrées par l'administration au titre de la législation sur les ICPE, il implique pour ceux-ci le droit d'exercer également un recours lorsque l'autorisation est délivrée par le juge de plein contentieux. Surtout, après avoir affirmé que, *«pour former tierce opposition, une personne qui n'a été ni présente ni représentée à l'instance doit en principe justifier d'un droit lésé»*, le Conseil d'Etat précise que *«afin de garantir le caractère effectif du droit au recours des tiers en matière d'environnement et eu égard aux effets mentionnés à l'article L. 511-1 du code de l'environnement»*²⁵ de la décision juridictionnelle délivrant une autorisation

¹⁹ TA Caen, 18 février 2011, n° 1000405.

²⁰ Art. R. 832-1.

²¹ TA Caen, 5 juin 2012, n° 1102136.

²² En vertu de l'art. L. 113-1 du Code de justice administrative.

²³ CAA Nantes, 27 juin 2014, n° 12NT02190.

²⁴ Dont la rédaction en vigueur en 2015 a été modifiée depuis par le décret n°2018-1054 du 29 novembre 2018.

²⁵ Pour rappel, l'art. L. 511-1 dispose que *«Sont soumis aux dispositions du présent titre les usines, ateliers, dépôts, chantiers et, d'une manière générale, les installations exploitées ou détenues par toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature, de l'environnement et des paysages, soit pour l'utilisation rationnelle de l'énergie, soit pour la conservation des sites et des monuments ainsi que des éléments du patrimoine archéologiques»*.

d'exploiter», cette voie est, dans la configuration de l'espèce, «ouverte aux tiers qui justifieraient d'un intérêt suffisant pour demander l'annulation de la décision administrative d'autorisation, dès lors qu'ils n'ont pas été présents ou régulièrement appelés dans l'instance»²⁶. On est ainsi passé de la nécessité d'un «droit lésé» à la reconnaissance d'un «intérêt suffisant», ce qui conduit à une réouverture du prétoire. Ainsi, le juge administratif ouvre une nouvelle voie pour se contrôler soi-même! Cette solution tend surtout à une unification du contentieux en ce qu'elle le rapproche du recours en annulation de la décision administrative d'autorisation.

La seconde espèce semble encore plus novatrice puisqu'elle revient sur une jurisprudence ancienne en matière de contestation d'une convention²⁷.

Traditionnellement, seules les parties signataires pouvaient remettre directement en cause la validité devant le juge du contrat. Les tiers, quant à eux, ne pouvaient qu'attaquer les actes administratifs dits «détachables» du contrat, c'est-à-dire les actes préalables à sa conclusion, qui l'ont préparée et rendue possible. De plus, l'annulation d'un acte détachable ne débouchait qu'exceptionnellement sur l'annulation du contrat lui-même, afin de protéger au maximum la stabilité des relations contractuelles. Toutefois, depuis quelques années deux évolutions avaient fragilisé cette construction. D'une part, une catégorie particulière de tiers, les candidats évincés lors de la passation, s'est vu ouvrir des voies de contestation directe du contrat du fait du Conseil d'Etat²⁸ puis du législateur²⁹. D'autre part, la jurisprudence ayant doté le juge du contrat de nouveaux outils lui permettant d'en sanctionner les irrégularités autrement qu'en l'annulant rétroactivement de manière systématique³⁰, une ouverture plus large des voies de recours pouvait être compatible avec l'objectif de stabilité des relations contractuelles.

C'est pourquoi par une décision du 4 avril 2014³¹, le Conseil d'Etat va créer une nouvelle voie de recours direct contre le contrat ouverte sans distinc-

²⁶ CE 29 mai 2015, n° 381560.

²⁷ Sur cette question, voir notamment Conseil d'Etat, Dossier thématique, *Le juge administratif et la commande publique*, 3 juin 2014.

²⁸ CE Ass. 16 juill. 2007, Société Tropic Travaux Signalisation, Lebon 360; in *AJDA*, 2007, p. 1577, chron. F. Lenica et J. Boucher; in *AJDA*, 2007, p. 1964, note D. Cassia; in *RFDA*, 2007, p. 917, notes F. Moderne, D. Pouyaud, M. Canedo-Paris.

²⁹ Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 modifiant les arts L. 551-13 et s. du code de justice administrative en application de la directive 2007/66/CE recours en matière de marchés publics du 11 décembre 2007.

³⁰ CE Ass. Société Tropic précité et CE Ass. 28 déc. 2009, Commune de Béziers, cf *infra* et note 48.

³¹ CE Ass. Département de Tarn-et-Garonne, Lebon 70; in *AJDA*, 2014, p. 764; in *AJDA*, 2014, p. 1035; in *AJDA*, 2014, p. 945, tribune S. Braconnier, chron. A. Bretonneau, J. Lessi; D. 2014, p. 1179, obs. M.-C. de Montecler, note M. Gaudemet, A. Dizier; in *RDI*, 2014, p. 344, obs. S. Braconnier; in *AJCT*, 2014, p. 375, obs. S. Dyens; in *AJCT*, 2014, p. 380, interview S. Hul; in *AJCT*, 2014, p. 434, Pratique O. Didriche; in *AJCT*, 2014, p. 2015. 32, Pratique S. Hul; in *AJCA*, 2014, p. 80, obs. J.-D. Dreyfus; in *RFDA*, 2014, p. 425; in *RFDA*, 2014, p.

tion à tous les tiers susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts, par sa passation ou ses clauses. Elle se substitue totalement au recours *Tropic* et ferme également aux tiers la voie du recours direct contre les actes «*détachables*», dont l'illégalité ne pourra être invoquée que devant le juge du contrat. En revanche, compte tenu des intérêts dont il a la charge, le Préfet de département peut continuer de demander devant le juge de l'excès de pouvoir l'annulation des actes détachables du contrat tant que celui-ci n'est pas signé. Cette exception permet de relever que tous les requérants ne sont pas traités de la même façon par le juge de plein contentieux: alors que le représentant de l'Etat et, dans une certaine mesure, les élus des collectivités territoriales sont favorisés, les requérants non privilégiés vont certes avoir accès au prétoire mais seront limités quant aux moyens invocables.

Ainsi, si l'on constate bien une ouverture plus grande du recours pour excès de pouvoir et du plein contentieux, ces extensions n'excluent pas une certaine restriction de la recevabilité des moyens³², ce qui contribue à la subjectivisation du droit administratif français.

3. Une subjectivisation dans l'office du juge.

Il s'agit ici de démontrer que les évolutions récentes du contentieux contractuel ou d'annulation ont eu pour objectif d'élargir la palette d'instruments dont disposent les juges. Leur marge d'appréciation va ainsi s'en trouver accrue lors de la mise en œuvre des recours en fonction de la situation des parties, que l'on se situe au moment où le juge doit analyser l'existence ou non d'une illégalité ou au moment où il doit en déterminer les conséquences. En d'autres termes, le juge administratif va non seulement parfois limiter les moyens invocables par certains requérants (A) mais aussi moduler, si nécessaire, les conséquences d'une illégalité (B).

A- Limitation des moyens invocables

Ceci est particulièrement notable en matière contractuelle. Sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, le législateur a ouvert aux candidats évincés une procédure d'urgence spécifique, le référé précontractuel³³ afin de donner la possibilité aux opérateurs économiques de saisir le juge administratif à un stade où les éventuelles violations aux règles de publicité et de mise

438, note P. Delvolvé; in *RTD com.*, 2014, p. 335, obs. G. Orsoni; in *Rev. UE*, 2015, p. 370, étude G. Eckert.

³² L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, *La recevabilité des moyens en contentieux administratif*, in *AJDA*, 2016, p. 479.

³³ Art. L. 551-1 et s. du code de justice administrative.

en concurrence peuvent encore être empêchées ou corrigées. Cela permet ainsi de donner sa pleine effectivité à l'intervention du juge en favorisant la prévention, en amont, des manquements aux règles de passation des contrats de la commande publique, avant que la relation contractuelle soit installée et que le contrat ne commence à être exécuté. Mais afin d'éviter qu'un excès de formalisme conduise à une annulation systématique des procédures, le Conseil d'Etat a précisé en 2008 qu'une entreprise ne peut invoquer tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence; elle ne peut se prévaloir que de ceux «susceptibles de l'avoir lésée ou qui risquent de la léser»³⁴.

Et si une voie de recours au profit de tous les tiers à une convention est créée, elle est encore plus strictement encadrée dans ses modalités: par la décision *Département de Tarn-et-Garonne* de 2014 précitée, le Conseil d'Etat souligne ainsi que, pour pouvoir saisir le juge du contrat, les tiers non privilégiés doivent justifier que leurs intérêts sont susceptibles d'être lésés «*de façon suffisamment directe et certaine*». Sur le fond, ils ne peuvent se plaindre que des vices du contrat «*en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou de ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office*»³⁵. On rappellera en outre que les tiers ordinaires perdent la possibilité d'utiliser un recours pour excès de pouvoir (REP) contre un acte détachable du contrat, alors qu'il reste utilisable par le préfet. Cette solution peut alors être considérée comme une régression des voies de recours ouvertes aux concurrents évincés, d'autant que l'intérêt pour agir était plus ouvert dans le cadre d'un REP. C'est d'ailleurs exactement le même schéma qui va être repris dans un autre arrêt en 2017 dans lequel le Conseil d'Etat crée un nouveau recours direct tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat³⁶: il sera ouvert au seul tiers susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par une décision refusant de faire droit à sa demande. Une telle condition est alors par exemple susceptible d'entraîner l'irrecevabilité des recours portés par les entreprises concurrentes de celle ayant obtenu le contrat³⁷. En outre, le juge a énuméré de manière exhaustive les

³⁴ CE Sect. 3 oct. 2008, SMIRGEOMES, Lebon 324; in *AJDA*, 2008, p. 1855; in *AJDA*, 2008, p. 2161, chron. E. Geffray, S.-J. Liéber; in *AJDA*, 2008, p. 2374, étude P. Cassia; in *RDI*, 2008, p. 499, obs. S. Braconnier; in *RFDA*, 2008, p. 1128; in *RFDA*, 2008, p. 1139, note P. Delvolvé.

³⁵ Alors que, selon ce même arrêt, le préfet et les élus locaux peuvent, quant à eux, invoquer «*tout moyen*» à l'appui de leur recours.

³⁶ CE Sect. 30 juin 2017, SMPAT, Lebon 209; in *AJDA*, 2017, p. 1359; in *AJDA*, 2017, p. 1669, chron. G. Odinet, S. Roussel; in *AJCT*, 2017, p. 455, obs. S. Hul; in *AJ Contrat*, 2017, p. 387, obs. J.-D. Dreyfus; in *RFDA*, 2017, p. 937, concl. G. Pellissier; in *RTD com.*, 2017, p. 587, obs. F. Lombard.

³⁷ Voir l'analyse de O. MAMOUDY, *L'ouverture du recours*, in *RFDA*, 2019, p. 669 ss.

moyens susceptibles d'être soulevés par les requérants³⁸ et à la lecture du considérant de principe, on en déduit que ceux tirés de l'illégalité formelle de la décision de refus de résilier le contrat ne seront pas accueillis.

La limitation des moyens invocables pourrait s'expliquer par la volonté de ne pas porter une atteinte excessive aux relations contractuelles. Or, elle va se retrouver dans le cadre du contentieux de la légalité.

Le recours ouvert à l'encontre des actes de «droit souple» est ainsi soumis à des conditions particulières pour qu'il puisse utilement prospérer. En particulier, seuls sont recevables à agir les requérants justifiant d'un «intérêt direct et certain» à demander l'annulation de ces actes. Ceci révèle un niveau d'exigence inhabituel en matière d'intérêt à agir dans le contentieux de l'excès de pouvoir. De plus, il appartient au juge «d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation»³⁹. Si cette jurisprudence illustre la volonté pour le juge administratif d'étendre son contrôle, elle révèle donc aussi que le Conseil d'Etat va opérer un tri entre les vices susceptibles d'affecter la légalité des actes de «droit souple» et qu'en définitive, au moins dans l'affaire Fairvesta, c'est à un contrôle restreint qu'il se livre en recherchant l'erreur manifeste d'appréciation.

Plus récemment, le Conseil d'Etat a considéré qu'il n'est plus possible de soulever des moyens tirés de l'illégalité formelle et procédurale d'un acte réglementaire devenu définitif⁴⁰. Cette restriction s'applique à la contestation par voie d'exception de la légalité de l'acte réglementaire en question, dans le cadre d'un recours contre un de ses actes d'application. Elle joue également dans le cadre d'un recours contre une décision refuser d'abroger un acte réglementaire. Cette jurisprudence a donc comme conséquence de limiter l'invocabilité de certains moyens mais pour le Conseil d'Etat, cette «limitation peut être justifiée par le risque d'instabilité juridique pesant sur certaines décisions, à condition qu'elle ne porte pas une atteinte substantielle au droit au recours»⁴¹.

Les limitations peuvent également être temporelles. Elles sont présentes dans le cadre du plein contentieux des installations classées pour la protection

³⁸ Ceux «tirés de ce que la personne publique contractante était tenue de mettre fin à son exécution du fait de dispositions législatives applicables aux contrats en cours, de ce le contrat est entaché d'irrégularités qui sont de nature à faire obstacle à la poursuite de son exécution et que le juge devrait relever d'office ou encore de ce que la poursuite de l'exécution du contrat est manifestement contraire à l'intérêt général».

³⁹ Arrêts du 21 mars 2016 précités, note 14.

⁴⁰ Soit deux mois après sa publication, CE Ass. 18 mai 2018, Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT, Lebon 187; in *AJDA*, 2018, p. 1009; in *AJDA*, p. 1206, chron. S. Roussel, C. Nicolas; in *AJFP*, 2018, p. 278; in *AJCT*, 2018, p. 528, obs. G. Le Châtelier; in *RFDA*, 2018, p. 649.

⁴¹ Cité par O. Mamoudy qui considère que cette jurisprudence est contraire à l'article L. 243-2 du code des relations entre le public et l'administration, article précité, in *RFDA*, 2019, p. 676.

de l'environnement. Certes, il suffit pour le tiers non présent ou régulièrement appelé dans l'instance de justifier d'un intérêt suffisant; il lui est également possible d'invoquer tout moyen à l'appui de sa tierce opposition. Une telle solution peut d'ailleurs être analysée comme participant de l'exigence de loyauté de la procédure⁴². Mais est-ce à dire que la juridiction administrative introduit un déséquilibre dans les intérêts qu'elle doit sauvegarder? Il n'en est rien puisque le Conseil d'Etat dans son avis précité de 2015 n'en oublie pas pour autant le pétitionnaire⁴³. Il est en effet tout aussi nécessaire «*de garantir la sécurité juridique du bénéficiaire de l'autorisation*». C'est pourquoi, il considère qu'une tierce opposition ne peut être admise après «*écoulement des délais prévus par les dispositions de l'article R. 514-3-1 du code de l'environnement*»⁴⁴. Dans ce cadre, il ne s'agit plus de faire un tri dans les moyens invocables; il s'agit de poser une limitation temporelle qui va permettre de contenir le nombre de recours potentiels. En d'autres termes, une telle solution participe d'une politique de désencombrement du prétoire.

C'est cette même analyse qui a été faite dans l'arrêt Czabaï⁴⁵. Le Conseil d'Etat a jugé qu'une décision administrative individuelle notifiée à son destinataire ou connue de lui, ne mentionnant pas les voies et les délais de recours, ne pouvait être contestée indéfiniment. Concrètement, il a encadré la possibilité d'attaquer de telles décisions dans un délai d'un an et donc fermé son prétoire au-delà, sauf en présence de circonstances particulières. Or, auparavant, ce type de recours était recevable sans conditions de délai ; cette solution illustre donc bien la volonté de restreindre l'accès au juge en utilisant cette fois-ci une limitation temporelle. Pour la Haute juridiction, la règle énoncée «*tend seulement à éviter que l'exercice du recours, au-delà d'un délai raisonnable, ne mette en péril la stabilité des situations juridiques et la bonne administration de la justice, en exposant les défendeurs potentiels à des recours excessivement tardifs*»⁴⁶. On peut comprendre cette position mais il n'empêche qu'elle conduit, à terme, à protéger l'administration alors que cette

⁴² Ce principe n'existe pas en tant que tel en droit français; il est en revanche consacré par le droit anglais. On signalera toutefois, que l'art. 763 du Code de procédure civile prévoit que le juge veille «*au déroulement loyal de la procédure*».

⁴³ Qui, dans cette affaire, rappelons-le était pleinement satisfait et n'avait donc aucune raison de contester l'autorisation délivrée par voie juridictionnelle.

⁴⁴ «*Les décisions (...) peuvent être déférées à la juridiction administrative: 1° Par les tiers intéressés (...) dans un délai de quatre mois à compter du premier jour de la publication ou de l'affichage de ces décisions (...)*».

⁴⁵ CE Ass. 13 juill. 2016, Lebon 340; in *AJDA*, 2016, p. 1479; in *AJDA*, 2016, p. 1629, chron. L. Dutheil de Lamothe, G. Odinet; in *AJFP*, 2016, p. 356; in *AJCT*, 2016, p. 572, obs. M.-C. Rouault; in *RDT*, 2016, p. 718, obs. L. Crusoe; in *RFDA*, 2016, p. 927; in *RTD com.*, 2016, p. 715, obs. F. Lombard.

⁴⁶ Cité par O. Mamoudy, article précité, in *RFDA*, 2019, p. 674; l'auteur juge d'ailleurs cette jurisprudence contraire à l'article R. 421-5 du code de justice administrative.

dernière n'a pas respecté la réglementation. Une volonté de protection se manifeste également dans la manière dont le juge va conduire son office.

B- Modulation des conséquences d'une illégalité

Ce pouvoir de modulation, extérieur au requérant, traduit la dimension collective des recours dont les effets peuvent affecter les équilibres, non seulement juridiques mais aussi économiques et sociaux. On peut alors estimer, que le pouvoir de modulation conduit le juge à opposer au requérant des intérêts contraires, y compris extra juridiques, au terme d'une analyse globale qui n'est «*plus de pur droit*»⁴⁷.

Ce constat est évident en matière contractuelle. Dès 2009, le Conseil d'Etat a redéfini l'office du juge pour lui permettre de tenir un meilleur compte de l'objectif de stabilité et de l'exigence de loyauté de ces relations⁴⁸. Ainsi, lorsqu'il est saisi d'un recours contestant la validité d'un contrat et qu'il constate une irrégularité, il peut soit décider que la poursuite de l'exécution de la convention est malgré tout possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation, soit prononcer, le cas échéant avec un effet différé, la résiliation du contrat après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général. Ce n'est donc qu'en cas d'irrégularité particulièrement grave⁴⁹ que le juge prononcera l'annulation du contrat. Et désormais, l'ensemble de ces possibilités est applicable à la voie de recours directe ouverte sans distinction à tous les tiers susceptibles d'être lésés, par la passation d'un contrat ou ses clauses⁵⁰. De même, dans le cadre d'un litige relatif à l'exécution du contrat, il incombe au juge en principe de faire application de la convention et ce n'est que dans les mêmes hypothèses d'irrégularités graves qu'il peut écarter le contrat pour régler le litige. Enfin, par sa décision dite *Béziers II*⁵¹, le Conseil d'Etat a aussi permis au juge saisi par une partie d'un recours dirigé contre

⁴⁷ J. SIRINELLI, *Les annulations d'application différée*, in *RFDA*, 2019, p. 797, spéc. p. 798 ss. sur la définition du pouvoir de modulation.

⁴⁸ CE Ass. 28 déc. 2009, Commune de Béziers (dite *Béziers I*), Lebon 509; in *AJDA*, 2010, p. 4; in *AJDA*, 2010, p. 142, chron. S.-J. Liéber, D. Botteghi; D. 2011, p. 472, obs. S. Amrani-Mekki, B. Fauvarque-Cosson; in *RDI*, 2010, p. 265, obs. R. Noguellou; in *AJCT*, 2010, p. 114, Pratique O. Didriche; in *RFDA*, 2010, p. 506; in *RFDA*, 2010, p. 519, note D. Pouyaud; in *RTD com.*, 2010, p. 548, obs. G. Orsoni; Rev. UE 2015. 370 précité note 31.

⁴⁹ Caractère illicite du contenu du contrat ou vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement.

⁵⁰ Jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne* précitée, 4 avril 2014.

⁵¹ CE Sect. 21 mars 2011, Commune de Béziers, Lebon 117; in *RFDA*, 2011, p. 507, note D. Pouyaud. Cette solution fait ainsi exception, pour les décisions de résiliation, à la règle selon laquelle le juge du contrat, lorsqu'il est saisi par une partie d'un litige relatif à une mesure d'exécution d'un contrat, ne peut pas remettre en cause cette mesure elle-même mais peut seulement, en principe, rechercher si cette mesure est intervenue dans des conditions de nature à ouvrir droit à indemnité.

la mesure de résiliation du contrat de tenir compte, pour déterminer les conséquences à tirer d'éventuels vices de la résiliation, de la gravité de ces vices et de l'intérêt général. Il peut notamment ordonner la reprise des relations contractuelles.

Or, des mécanismes similaires permettent également au juge de l'excès de pouvoir de dire qu'une irrégularité n'implique pas l'annulation. On peut qualifier cette technique de «*neutralisante*»⁵². Si l'on savait qu'un vice de procédure non substantiel affectant un acte ne justifiait pas nécessairement son annulation, la jurisprudence Danthony⁵³ a précisé l'office du juge de l'excès de pouvoir dans ce cas : sans nier l'erreur commise par l'administration, il doit en apprécier la nature et ce n'est que si elle «*a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision*» ou qu'elle «*a privé*» les intéressés «*d'une garantie*» qu'elle entraînera l'annulation de l'acte, objet de la contestation. Ainsi, la procédure administrative se doit «*de rationaliser mais non de corseter (...) l'élaboration des décisions publiques*»⁵⁴.

Cette technique d'appréciation s'est illustrée en matière cinématographique. Dans l'arrêt Association Promouvoir et autres précité⁵⁵, ce n'est que parce que les critères de la jurisprudence Danthony étaient réunis que le Conseil d'Etat a accueilli les prétentions des requérantes. Il a en effet estimé que l'avis insuffisamment motivé de la CCOC a privé «*le ministre d'un élément essentiel*» pour déterminer le choix lui incombant entre les diverses restrictions pouvant être imposées à la diffusion d'un film. La motivation de ladite commission doit «*lui permettre, compte tenu de la pluralité de sa composition reflétant les différents intérêts en cause, d'apprécier les modalités de conciliation*» entre les nécessités de la protection des mineurs, du respect de la dignité humaine et de la liberté d'expression. L'absence de motivation est «*également susceptible de priver le public d'un élément d'information sur les circonstances qu'il [le ministre] a prises en considération pour délivrer le visa*».

⁵² Pour une analyse récente, voir A. FRANK, *Les irrégularités neutralisées*, in RFDA, 2019, p. 785.

⁵³ CE. Ass. 23 déc. 2011, Lebon. 649; in AJDA, 2012, p. 7; in AJDA, 2012, p. 195, chron. X. Domino, A. Bretonneau; in AJDA, 2012, p. 1484, étude C. Mialot; in AJDA, 2012, p. 1609, tribune B. Seiller; D. 2013, p. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert, K. Parrot; in RFDA, 2012, p. 284; in RFDA, 2012, p. 296, note P. Cassia; in RFDA, 2012, p. 423, étude R. Hostiou; in JCP Adm., 2012, n° 2089, note C. Broyelle; in JCP G, 2012, p. 558, note D. Connil et in JCP G, 2012, p. 723, chron. G. Eveillard.

⁵⁴ B. PACTEAU, *Danthony au cinéma*, in AJDA, 2012, p. 1957. Selon l'auteur, «*il y a un paradoxe à voir aujourd'hui à la fois renforcer les obligations formelles (...) et affaiblir leur sanction*».

⁵⁵ Voir note 13.

Enfin, le juge peut décider de moduler dans le temps les effets d'une nouvelle règle qu'il vient de poser. Alors que l'on comprend la logique présidant à l'application différée de certains revirements en raison de la préservation des relations contractuelles constituées⁵⁶, d'autres vont recevoir un effet immédiat comme la jurisprudence *Czabaf*⁵⁷. On peut alors estimer que le Conseil d'Etat fait une application rétroactive de l'arrêt en appliquant aux justiciables une règle procédurale de recevabilité dont ils n'avaient pas connaissance au moment de l'introduction du recours. On soulignera que, en l'espèce, cela a eu pour résultat de priver au moins ce requérant de tout accès au juge.

Plus généralement, toute modulation peut induire une imprévisibilité des décisions juridictionnelles, ce qui peut apparaître comme un paradoxe au regard du principe de sécurité juridique qui est constamment mis en avant par le juge lui-même ! Or, depuis 2013 a été abandonnée la mention de dérogation «*à titre exceptionnel*» au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses⁵⁸. Souplesse et adaptabilité du juge administratif risquent donc de s'opérer au détriment du requérant, voire des autorités publiques au sens large qui peuvent aussi faire les frais de cette politique jurisprudentielle. Mais le juge administratif français, malgré sa volonté d'étendre son contrôle, n'est pas tout puissant ne serait ce que du fait de l'intervention possible des juges européens.

⁵⁶ Voir ainsi le considérant n° 5 de l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* précité note 31.

⁵⁷ CE Ass. 13 juill. 2016 précité note 45; dans le même sens on peut citer la jurisprudence CFDT finances, CE Ass. 18 mai 2018 précité note 39. Sur cette question, voir S. HOURSON, *Les revirements d'application immédiate*, in *RFDA*, 2019, p. 805.

⁵⁸ Selon J. Sirinelli précité, in *RFDA*, 2019, p. 798. La voie avait été ouverte dès 2004 avec CE Ass. 11 mai 2004, Association AC !, Lebon 197; in *AJDA*, 2004, p. 1183, chron. C. Landais, F. Lenica; in *AJDA*, 2004, p. 1049, tribune J.-C. Bonichot; in *AJDA*, 2004, p. 1219, étude F. Berguin; in *AJDA*, 2014, p. 116, chron. J.-E. Schoettl; D. 2004, p. 1499; in *AJDA*, 2014, p. 1603, chron. B. Mathieu; in *AJDA*, 2005, p. 26, obs. P.-L. Frier; in *AJDA*, 2005, p. 2187, obs. C. Willmann, J.-M. Labouz, L. Gamet, V. Antoine-Lemaire; in *Just. et cass.*, 2007, p. 15, étude J. Arrighi de Casanova; in *Dr. Soc.*, 2004, p. 762, étude P. Langlois; in *Dr. Soc.*, 2004, p. 766, note X. Prétot; in *RFDA*, 2004, p. 438, note J.-H. Stahl, A. Courrèges; in *RFDA*, 2004, p. 454.