



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

BANQUE DES MEMOIRES

**Master 2 Recherche Droit public approfondi
Dirigé par Monsieur le professeur Guillaume Drago
2018**

Le sort contemporain de l'exception d'illégalité

Jonathan Attali

Sous la direction de Monsieur le professeur Bertrand Seiller

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier Monsieur le professeur Bertrand Seiller pour la bienveillance dont il fait preuve, sa grande disponibilité et ses précieux conseils.

Je tiens également à le remercier pour la qualité et la richesse de ses enseignements.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

| | |
|-------------|--|
| <i>AJDA</i> | <i>Actualité Juridique Droit administratif</i> |
| A.N | Assemblée nationale |
| Art. | Article |
| Ass. | Assemblée du contentieux |
| <i>BJDU</i> | <i>Bulletin de jurisprudence de droit de l'urbanisme</i> |
| C. | Contre |
| CAA | Cour administrative d'appel |
| Cass. | Cour de cassation |
| C. const. | Conseil constitutionnel |
| CE | Conseil d'État |
| CEDH | Cour européenne des droits de l'homme |
| <i>Cf.</i> | Se reporter à |
| Chron. | Chronique |
| Coll. | Collection |
| Comm. | Commentaire |
| Concl. | Conclusions |
| Couv. | Couverture |
| Crim. | Chambre criminelle |
| CU | Code de l'urbanisme |
| <i>D.</i> | <i>Revue Dalloz</i> |
| DUP | Déclaration d'utilité publique |
| <i>GACA</i> | <i>Grands arrêts du contentieux administratif</i> |
| <i>GAJA</i> | <i>Grands arrêts de la jurisprudence administrative</i> |

| | |
|-----------------|---|
| <i>Ibid.</i> | Au même endroit |
| Inf. rap. | Informations rapides |
| <i>JCP A</i> | <i>JurisClasseur Périodique / La semaine juridique – Administrations et Collectivités territoriales</i> |
| LGDJ | Librairie générale de droit et de jurisprudence |
| N° | Numéro |
| Obs. | Observations |
| <i>Op. cit.</i> | Œuvre précitée |
| P. | Page |
| Pp. | Pages |
| PAZ | Plan d'aménagement de zone |
| POS | Plan d'occupation de sol |
| PUF | Presses universitaires de France |
| Rec. | Recueil |
| <i>RDI</i> | <i>Revue de droit immobilier</i> |
| <i>RDP</i> | <i>Revue du droit public</i> |
| <i>RFDA</i> | <i>Revue française de droit administratif</i> |
| Sect. | Section du contentieux |
| SCOT | Schéma de cohérence territoriale |
| TC | Tribunal des conflits |
| V. | Voir |
| ZAC | Zone d'aménagement concerté |

SOMMAIRE

Chapitre I. La construction d'un régime spécial de l'exception d'illégalité

I. Un régime d'opérance limitée

II. Un régime d'opérance graduée

Chapitre II. La déconstruction du régime général de l'exception d'illégalité

I. Une dégradation polysémique

II. Une fondamentalisation symptomatique

INTRODUCTION

Dans sa réponse au commissaire du gouvernement Bernard Chenot qui, dans ses conclusions sur l'arrêt *Sieur Gicquel*¹, comparait les universitaires à de simples « faiseurs de systèmes » dont il condamnait la « tranquillité »², Jean Rivero affirmait que « s'il existe un lien entre « la tranquillité des professeurs » et « la stabilité des catégories juridiques »³, la tranquillité des professeurs devient l'un des biens les plus précieux de la vie en société ; car la stabilité des catégories juridiques, c'est la possibilité, pour l'homme, de connaître la règle et de prévoir les effets de ses actes »⁴. Ces mots nous enseignent que l'œuvre de systématisation de la doctrine est nécessaire à la « stabilité des catégories juridiques » et, partant, à la sécurité juridique des administrés. En creux, ils nous enseignent également que le juge qui se désintéresse des systèmes et de « l'essence des institutions »⁵ pour n'envisager que les « seules réalités concrètes »⁶ en vient à ébranler les catégories juridiques dont la stabilité est inhérente à l'exigence de sécurité juridique. Ils trouvent leur réalisation la plus concrète dans le sort contemporain de l'exception d'illégalité, en ce qu'elle constitue une catégorie juridique de moyens dont le régime a récemment subi un bouleversement imputable à l'œuvre du juge. Ce dernier, sous couvert d'une démarche emprise de pragmatisme, a fait prévaloir l'exigence de stabilité des situations acquises sur la rationalité juridique de l'action administrative. Ce faisant, il a porté atteinte à une sécurité juridique qu'il s'était donné pour fonction de préserver. Le sort récent du régime de l'exception d'illégalité témoigne des apories de cette démarche.

I. L'exception d'illégalité se définit comme « le moyen par lequel est critiquée la légalité d'un acte administratif à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un autre acte, ou d'un recours de plein contentieux en réparation du préjudice né de cette illégalité »⁷. Le terme d'« exception d'illégalité » trouve son origine dans le droit judiciaire. En droit civil et en droit pénal, une exception est « un moyen de défense que le défendeur ou l'accusé invoque pour résister à l'action intentée contre lui »⁸. L'exception d'illégalité des actes administratifs, qui relève d'une voie de contestation, n'est donc pas la transposition en matière administrative de l'exception invoquée

1 CE, Sect., 10 février 1950, *Sieur Gicquel*, n°1743, *rec. Lebon*, p. 100.

2 Concl. Chenot (B.) sur l'arrêt *Sieur Gicquel*, *rec. Lebon*, pp. 100-104.

3 Chenot (B.), « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *Études et documents*, 1950, p. 77.

4 Rivero (J.), « Apologie pour les « faiseurs de systèmes » », *D.*, 1951, chron. XXIII, p. 101.

5 Chenot (B.), art. précité, p. 77.

6 *Ibid.*

7 Seiller (B.), *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, Thèse, Paris, 1995, p. 13.

8 *Ibid.*, p. 19.

dans un procès judiciaire. Toutefois, ces deux catégories de moyens présentent une identité de nature du fait de leur caractère incident. Ils viennent en effet interrompre la marche régulière d'une instance. En quelque sorte, « l'exception d'illégalité est le moyen par lequel est incidemment contestée la légalité d'un acte administratif à l'occasion du recours dirigé contre un autre acte »⁹. Elle a été consacrée pour la première fois par le Conseil d'État à l'occasion d'un arrêt *Poulin*¹⁰ rendu le 29 mai 1908. Ce dernier n'est toutefois pas la naissance de l'exception d'illégalité, puisque jusqu'à l'arrêt *Poulin*, « le juge administratif a usé de l'exception d'illégalité sans le savoir »¹¹. Pour autant, la consécration jurisprudentielle de l'exception d'illégalité a permis de définir précisément ses conditions d'invocation. Deux conditions ont ainsi été précisées par l'arrêt *Société des Établissements Petitjean et autres*¹², rendu par le Conseil d'État le 10 février 1967. Aux termes de cet arrêt, une exception d'illégalité « ne peut être accueillie que dans la mesure où la décision dont l'annulation est demandée constitue une mesure d'application de celle dont l'illégalité est invoquée par voie d'exception et où sa légalité est subordonnée à celle du premier texte »¹³. De telles conditions, jugées trop peu restrictives par le Conseil d'État, ont récemment fait l'objet d'une rationalisation qui, en réalité, n'a pas modifié leur substance. Par l'arrêt *Sodemel*¹⁴ rendu le 11 juillet 2011, le Conseil d'État a ainsi jugé que « l'illégalité d'un acte administratif, qu'il soit ou non réglementaire, ne peut être utilement invoquée à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative que si cette dernière a été prise pour son application ou s'il en constitue la base légale »¹⁵.

L'exception d'illégalité est souvent qualifiée de « contestation oblique »¹⁶ ou encore de mécanisme « domino »¹⁷, à l'instar de la contestation du refus d'abroger un acte administratif, en ce qu'elle permet d'obtenir l'annulation d'un premier acte par l'obtention de la déclaration d'illégalité d'un second. En d'autres termes, l'illégalité d'un acte, invoquée par la voie de l'exception, entache de nullité un autre acte contesté par voie d'action. Ce faisant, l'exception d'illégalité est un outil particulièrement efficace de préservation de la légalité administrative, notamment parce qu'elle permet au juge de sanctionner des illégalités qui se seraient transmises dans le cadre d'une chaîne normative. L'exception d'illégalité est ainsi « reconnue par tous comme

9 *Ibid.*, p. 20.

10 CE, 29 mai 1908, *Sieur Poulin*, n°25488, *rec. Lebon*, p. 580, *D.*, 1910, p. 3.

11 Seiller (B), *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, *op. cit.*, p. 22.

12 CE, Sect., 10 février 1967, *Société des établissements Petitjean et autres*, n°59125, *rec. Lebon*, p. 63, *AJDA*, 1967, p. 267, *chron. Lecat (J.-P.) et Massot (J.)*.

13 *Ibid.*, considérant n°11.

14 CE, Sect., 11 juillet 2011, *Société d'équipement du département de Maine-et-Loire Sodemel et ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration (SODEMEL)*, n°320735, 320854, *rec. Lebon*, p. 346, *AJDA*, 2012, p. 449.

15 *Ibid.*, considérant n°4.

16 *Concl. Bretonneau (A.) sur l'arrêt CFDT Finances*, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », *RFDA*, 2018, p. 656.

17 Bretonneau (A.), Lessi (J.), « Exception d'illégalité et annulation par voie de conséquence : la théorie du domino », *AJDA*, 2014, p. 222.

un indispensable instrument du respect du principe de légalité»¹⁸. Aussi, son régime s'est construit de façon prétorienne, au XX^{ème} siècle, selon des règles distinctes de celles applicables aux moyens invoqués par voie d'action, en vue d'assurer l'effectivité du principe de légalité. L'histoire de ce régime accompagne celle d'un renforcement des pouvoirs du juge visant à inscrire l'action administrative dans la rationalité juridique et dans l'État de droit.

Pour le comprendre, il convient de distinguer l'exception d'illégalité des actes administratifs unilatéraux de l'exception d'illégalité des actes administratifs réglementaires, selon le critère du délai d'invocabilité. En principe, l'exception d'illégalité d'un acte individuel ne peut être soulevée que s'il n'est pas devenu définitif, avant l'expiration du délai de recours contentieux. Cette règle souffre toutefois d'une exception qui tient à la théorie des opérations complexes. En effet, l'exception d'illégalité d'un acte individuel qui s'inscrit dans une opération complexe n'est pas contrainte par le délai de recours contentieux. Selon le professeur René Chapus, il y a opération complexe « lorsqu'une décision finale ne peut être prise qu'après intervention d'une ou de plusieurs décisions successives, spécialement prévues pour permettre la réalisation de l'opération dont la décision finale sera l'aboutissement »¹⁹. Les opérations complexes concernent au premier chef les opérations d'urbanisme et d'aménagement et feront, par conséquent, l'objet de développements ultérieurs²⁰. *A contrario*, l'exception d'illégalité des actes réglementaires est perpétuelle. Elle peut être invoquée « à toute époque »²¹. Cette règle résulte notamment de l'arrêt *Poulin*²² du 29 mai 1908. Souvent présentée comme un « principe traditionnel de notre droit administratif »²³, elle repose sur la maxime *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, qui signifie que « si l'action en annulation d'un acte se prescrit, le droit de voir apprécier sa légalité subsiste. Il peut encore triompher par la voie de l'exception »²⁴. Elle est la résultante de la nature même des actes réglementaires. Ces derniers, comprenant des dispositions générales et impersonnelles et assurant la fonction d'acte cadre, peuvent en effet produire des effets sans limite de temps, ce qui justifie leur fragilité perpétuelle. En d'autres termes, « la permanence des règlements qui peuvent donner lieu à un nombre indéfini d'applications, le fait qu'ils sont insusceptibles de donner naissance à des droits acquis, a conduit la jurisprudence à porter atteinte, de différentes manières, au caractère définitif du règlement non attaqué dans le délai. Elle a admis, notamment, que les intéressés pouvaient à toute époque invoquer l'illégalité

18 Seiller (B.), *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, *op. cit.*, p. 30.

19 Chapus (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. « Précis Domat droit public », 13^{ème} édition, 2008, pp. 692-693.

20 V. Chapitre II, II, 1, A.

21 Broyelle (C.), *Contentieux administratif*, LGDJ, coll. « Manuel », 6^{ème} édition, 2018-2019, p. 111.

22 CE, 29 mai 1908, *Sieur Poulin*, n°25488, *rec. Lebon*, p. 580, *D.*, 1910, p. 3.

23 Document parlementaire A.N, n°765, 25 novembre 1993, p. 25.

24 Seiller (B.), *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, *op. cit.*, p. 12.

d'un règlement pour obtenir l'annulation d'un acte pris en application de ce règlement »²⁵. À l'inverse, ne pas reconnaître de caractère perpétuel à l'exception d'illégalité des actes réglementaires aboutirait, comme le souligne le président Raymond Odent, « à légitimer l'application indéfinie de dispositions illégales, ce qui serait contraire à l'« ordre public juridique » »²⁶. En somme, c'est parce que l'exception d'illégalité relève davantage du contentieux des effets de l'acte que du contentieux de l'acte en lui-même qu'elle est admise à toute époque contre les actes réglementaires dont les effets sont perpétuels. Cette règle est enfin liée à la nature du droit français qui porte une attention particulière à la légalité de la réglementation administrative. Le professeur Benoît Plessix faisait ainsi remarquer que « dans un État qui accorde une si grande importance à la réglementation administrative, c'est une garantie fondamentale que de pouvoir critiquer des années plus tard un décret qui emporte des conséquences majeures sur la situation juridique, personnelle, professionnelle, économique ou sociale des administrés »²⁷.

L'appartenance de l'exception d'illégalité au contentieux des effets des actes administratifs détermine également ses conséquences. En effet, lorsque l'exception d'illégalité d'un acte est accueillie par le juge, il ne prononce pas son annulation mais déclare simplement son illégalité. Or, une déclaration d'illégalité ne jouit que d'un effet relatif de chose jugée en ce qu'elle ne s'applique que dans le cadre du litige en cause²⁸. Elle permet toutefois d'obtenir l'annulation de l'acte contesté par voie d'action. Par ailleurs, le principe de l'effet relatif de la déclaration d'illégalité doit être nuancé car en vertu de la jurisprudence *Ponard*²⁹, l'administration doit s'abstenir d'appliquer un acte administratif déclaré illégal et engage sa responsabilité en cas de violation de cette obligation³⁰. Un acte déclaré illégal ne recevra plus, par principe, d'application, ce qui illustre qu'en dépit de l'effet relatif de la déclaration d'illégalité, l'exception d'illégalité est une voie efficace de protection de la légalité administrative. C'est en ce sens que le Conseil d'État a construit son régime. La juridiction administrative cherchait en effet, dans une perspective de légitimation, à devenir un acteur de rationalisation de l'action administrative et de sauvegarde de l'État de droit. Dans cette quête, l'exception d'illégalité a été perçue comme un moyen privilégié de sanctionner des illégalités tardivement constatées et susceptibles de se perpétuer. Toutefois, le régime de l'exception d'illégalité a subi les effets du temps et des exigences contemporaines qui contraignent l'évolution du contentieux administratif.

25 Auby (J.-M.), Drago (R.), *Traité de contentieux administratif*, Tome I, 3^{ème} édition, LGDJ, 1984, pp. 947-948.

26 Odent (R.), *Contentieux administratif*, Tome I, Dalloz, 2007, p. 867.

27 Plessix (B.), « Le droit administratif, droit de l'acte réglementaire », *Droit Administratif*, n° 7, Juillet 2018, repère 7, p. 2.

28 V. à ce sujet : CE, Sect., 28 avril 2014, *Anchling et autres*, n°357090, *rec. Lebon*, p. 97.

29 CE, Sect., 14 novembre 1958, *Ponard*, n°35399, *rec. Lebon*, p. 554.

30 CE, Sect., 8 janvier 1960, *Laiterie Saint-Cyprien*, n°39760, *rec. Lebon*, p. 10.

II. S'intéresser au sort contemporain d'une catégorie juridique revient à présenter et interroger les conséquences des évolutions de l'ensemble auquel elle appartient sur son régime et son fonctionnement. Cette étude consiste ainsi à contextualiser l'évolution du régime de l'exception d'illégalité dans une démarche à la fois inductive et déductive. Il s'agira en effet de présenter les conséquences des tendances du contentieux administratif sur l'évolution du régime de l'exception d'illégalité et, inversement, d'interroger le sort moderne du contentieux administratif par le prisme de l'œuvre de la juridiction administrative en matière d'exception d'illégalité. Le régime de cette dernière a été particulièrement transformé sous l'effet de deux exigences plus générales.

En premier lieu, l'exigence de bonne administration de la justice a modifié les règles de compétence juridictionnelle en matière d'exception d'illégalité. Par l'arrêt *Septfonds*³¹ du 16 juin 1923, le Tribunal des conflits avait affirmé la règle selon laquelle il revient au juge administratif d'apprécier la légalité d'un acte administratif. Il avait en effet considéré que si un acte a la nature d'acte administratif, « il appartient à la juridiction administrative seule d'en contrôler la légalité »³². En application de ce principe, lorsque l'illégalité d'un acte administratif est invoquée devant la juridiction judiciaire, par la voie de l'exception d'illégalité notamment, cette dernière doit former une question préjudicielle devant la juridiction administrative seule compétente pour apprécier la légalité de tels actes. La rigueur de ce principe a été vivement critiquée par la doctrine. Maurice Hauriou, dans sa note sous l'arrêt *Septfonds*, affirmait par exemple que par exception au principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire, « le juge de l'action doit être le juge de l'exception »³³. En ce sens, il affirmait également que « les questions préjudicielles, grandes complications des procédures, doivent être évitées autant que possible dans l'intérêt des plaideurs »³⁴. La multiplication des questions préjudicielles qu'entraînait la rigueur de la jurisprudence *Septfonds* était donc contraire à l'exigence de bonne administration de la justice, reconnue comme objectif de valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 3 décembre 2009³⁵. Le ralentissement de la procédure juridictionnelle engendré par les questions préjudicielles contrevenait en effet à l'exigence de célérité de la justice qu'inclut le principe de bonne administration de la justice. Ce faisant, le Tribunal des conflits, notamment par

31 TC, 16 juin 1923, *Septfonds*, n°732, *rec. Lebon*, p. 498, *DP*, 1924, p. 41, concl. Matter (P.).

32 *Ibid.*, considérant n°2.

33 Hauriou (M.), « Compétence du tribunal judiciaire pour interpréter le sens d'un règlement administratif, mais non pas pour en apprécier la légalité », note sous l'arrêt TC, 16 juin 1923, *Septfonds*, n°732, *rec. Lebon*, p. 498, *revue générale du droit on line*, 2015, n°15177.

34 *Ibid.*

35 C. const., 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, n°2009-595 DC, *AJD-A*, 2010, p. 80, étude Roblot-Troizier (A.), *RFDA*, 2010, p. 1, étude Genevois (B.).

les arrêts *SCEA du Chéneau*³⁶ et *Société Green Yellow*³⁷ respectivement rendus le 17 octobre 2011 et le 12 décembre 2011, a atténué la rigueur du principe de l'arrêt *Septfonds* en multipliant les possibilités, pour la juridiction judiciaire, de contrôler la légalité d'actes administratifs. Désormais, le juge judiciaire peut contrôler la légalité d'un tel acte, notamment contestée par la voie de l'exception, « lorsqu'il apparaît clairement, au vu notamment d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal »³⁸. Les règles de compétence juridictionnelle en matière d'exception d'illégalité des actes administratifs ont ainsi été transformées par le principe contemporain de bonne administration de la justice. Cela démontre que le régime de l'exception d'illégalité est en proie aux tendances contemporaines du contentieux administratif. L'évolution de la compétence juridictionnelle pour statuer sur l'exception d'illégalité d'un acte administratif a déjà fait l'objet de nombreux développements, et ses ressorts ont été mis en exergue à plusieurs reprises³⁹. Elle n'appelle donc pas de plus amples développements, à la différence des rapports qu'entretiennent l'exception d'illégalité et la sécurité juridique.

En second lieu, on l'a dit, le régime de l'exception d'illégalité a fortement subi les effets du principe de sécurité juridique dont il faut, pour le comprendre, présenter les principaux traits. Consacré comme principe général du droit par un arrêt *KPMG*⁴⁰ rendu par le Conseil d'État le 24 mars 2006, il implique une prévisibilité, une clarté et une accessibilité des normes, ainsi qu'une stabilité des situations juridiques. À l'origine, il imposait à l'administration de respecter ces exigences dans l'intérêt de l'administré. Il s'agissait donc d'un principe pesant sur l'administration et perçu comme le « corollaire logique de l'État de droit »⁴¹, en ce qu'il visait à protéger la situation juridique des administrés face aux pouvoirs exorbitants des autorités administratives. Sur ce fondement, à l'occasion de l'arrêt *KPMG*, le Conseil d'État a par exemple contraint ces dernières à édicter des mesures transitoires en cas de changement de réglementation administrative. Également, dans le cadre de la procédure administrative contentieuse, la sécurité juridique se définissait à l'origine comme un principe qui « impose que le législateur ne vienne pas modifier, en cours de procédure, le droit applicable [aux justiciables] pour faire échouer leurs

36 TC, 17 octobre 2011, *SCEA du Chéneau*, n°C3828-3829, *rec. Lebon*, p. 698, *RFDA*, 2011, p. 1122, concl. Sarcelet (J.-D.), *AJDA*, 2012, p. 27, chron. Guyomar (M.) et Domino (X.).

37 TC, 12 décembre 2011, *Société Green Yellow et autres c. Électricité de France*, n°C3841, *rec. Lebon*, p. 705, *AJDA*, 2012, p. 27, chron. Guyomar (M.) et Domino (X.), *Les petites affiches*, 16 mars 2012, p. 7, note Groulier (C.).

38 *Ibid.*, considérant n°5.

39 V. à ce sujet : Clamour (G.), Coutron (L.), « L'exception d'illégalité devant le juge judiciaire », *RDP*, 2012, p. 853 ; Seiller (B.), « L'appréciation de la légalité d'actes administratifs par les tribunaux judiciaires non répressifs », *RFDA*, 2011, p. 1129.

40 CE, Ass., 24 mars 2006, *KPMG*, n°288460, *rec. Lebon*, p. 154, *RFDA*, 2006, p. 463, concl. Aguila (Y.), *AJDA*, 2006, p. 1028, chron. Landais (C.) et Lenica (F.).

41 Seiller (B.), *Droit administratif*, Tome 1. Les sources et le juge, Flammarion, coll. « Champs université », 7^{ème} édition, Paris, 2018, p. 332.

actions »⁴². La sécurité juridique, dans son acception originelle, impose ainsi à l'administration de ne pas laisser subsister des mouvances trop importantes, contraires à la prévisibilité du droit, dans la réglementation administrative.

Toutefois, le principe de sécurité juridique a subi une altération due aux effets du temps. En son sein, l'exigence de stabilité des situations juridiques a pris le pas sur celles d'accessibilité et de clarté de la norme. Ce faisant, sa portée a été radicalement modifiée. Il est passé d'un principe s'imposant à l'administration à un principe visant à protéger la pérennité et l'autonomie de l'action administrative. Il a de ce fait perdu une partie de sa substance en ce que désormais, il s'entend uniquement comme une exigence de protection des situations acquises. C'est du moins en ce sens unique que le perçoit la juridiction administrative. De nombreuses décisions récentes illustrent ce glissement du sens de la sécurité juridique.

Par un arrêt *Association AC !*⁴³, rendu le 11 mai 2004, le Conseil d'État a par exemple prévu la possibilité de moduler dans le temps les effets d'une annulation contentieuse. Cette possibilité permet au juge de prononcer des annulations sans effet rétroactif, afin de protéger les situations acquises de longue date. Elle permet également à l'administration d'édicter un nouvel acte se substituant au premier, dont les effets de son annulation ont été différés dans le temps, avant qu'il ne sorte de l'ordre juridique. Cette solution, à première vue, permet d'assurer la stabilité des situations juridiques en évitant la disparition temporaire d'une réglementation administrative. Or, elle offre à l'administration une forme d'impunité en minorant les conséquences, sur son action, d'une annulation contentieuse. Elle minore ainsi les conséquences sur l'administration d'une illégalité que cette dernière aurait commise.

L'arrêt *Danthony*⁴⁴, en consacrant la théorie des vices substantiels, sert le même mouvement de stabilité de l'action de l'administration au détriment de la légalité administrative. Par cet arrêt rendu le 23 décembre 2011, le Conseil d'État a en effet considéré que seuls les vices de procédure substantiels d'un acte, c'est-à-dire ceux ayant influencé son sens ou concernant une garantie du justiciable, sont susceptibles d'entraîner son annulation contentieuse. À l'évidence, cette solution sert la pérennité des actes administratifs en évitant leur annulation fondée sur des vices considérés comme bénins. Or, cela se fait au détriment de la légalité administrative, le juge se refusant à rétablir une légalité absolue et laissant subsister des illégalités affectant l'ordre juridique. Par ailleurs, le requérant peut être lésé par cette solution fondée sur le principe de sécurité juridique qui devait pourtant protéger sa situation. En effet, il peut soulever des moyens de

42 *Ibid.*, p. 334.

43 CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, n°255886, *rec. Lebon*, p. 197, *RFDA*, 2004, p. 454, concl. Devys (C.), *AJ-DA*, 2004, p. 1183, chron. Landais (C.) et Lenica (F.).

44 CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n°335033, *ADJA*, 2012, p. 195, chron. Domino (X.) et Bretonneau (A.), *AJDA*, 2012, p. 1609, tribune Sciller (B.), *D.*, 2013, p. 324, obs. Jault-Seseke (F.).

contestation qui, en dépit de leur caractère fondé, ne permettront pas de faire aboutir sa demande. En somme, cette distorsion consentie de la légalité administrative place le requérant dans une situation d'incompréhension contraire à l'accessibilité et à la prévisibilité du droit.

Il y a lieu, enfin, d'évoquer l'arrêt *Czabaj*⁴⁵ du 13 juillet 2016 par lequel le Conseil d'État a créé, de façon purement prétorienne, un délai raisonnable d'un an au-delà duquel un recours contentieux n'est plus recevable. Ce délai permet de rendre définitives des décisions qui ne mentionnaient pas ou mentionnaient de façon incomplète à leurs destinataires les voies et délais de recours. Ainsi permet-il d'assurer la pérennité de décisions administratives contre lesquelles le recours était perpétuel. Mais, encore une fois, ce gain de stabilité se fait au détriment de la situation du requérant, en ce qu'il engendre une restriction du droit au recours des administrés et porte atteinte à la légalité administrative, en recherchant à ne pas sanctionner une erreur commise par l'administration.

L'ensemble des distorsions de la légalité ainsi décrites a été prévu sur le fondement du principe de sécurité juridique. Ainsi, tout porte à croire que ce dernier est devenu une voie de légitimation d'illégalités commises par l'administration, au détriment des administrés. Il a perdu la nature de garantie de compréhension du droit par le justiciable pour revêtir celle d'outil de pouvoir ou, à tout le moins, de garantie de l'autonomie de l'action administrative. En ce sens, il a été souligné que le principe de sécurité juridique « est – aujourd'hui – opposé aux justiciables alors que – hier – il a été conçu à leur profit afin qu'ils s'en prévalent à l'encontre de l'administration »⁴⁶. Également, force est de constater que le principe de sécurité juridique se caractérise par sa trop grande généralité. Elle apparaît notamment au regard de la prolifération des solutions jurisprudentielles prises sur son fondement. C'est ce que souligne le professeur Bertrand Seiller lorsqu'il affirme que « la sécurité juridique est d'abord, en effet, un principe trop malléable : en son nom peuvent être alléguées des prétentions contradictoires »⁴⁷. C'est pourquoi, il semble plus adéquat, lorsque la sécurité juridique est invoquée pour ne pas sanctionner des illégalités, de lui substituer les termes de stabilité des situations administratives. Cette substitution sémantique, visant à isoler la stabilité des actes administratifs comme simple composante de la sécurité juridique, permet d'éviter les incohérences du principe de sécurité juridique dont la généralité conduit à légitimer des « prétentions contradictoires »⁴⁸. Surtout, elle permet de clarifier l'opposition entre la légalité administrative et la sécurité juridique qui sous-tend l'évolution du

45 CE, Ass., 13 juillet 2016, *Czabaj*, n°387763, *rev. Lebon*, p. 340, *RFD A*, 2016, p. 927, concl. Henrard (O.), *AJDA*, 2016, p. 1769, chron. Dutheillet de Lamothe (L.) et Odinet (G.).

46 Friedrich (C.), « Une victoire de l'État de droit à la Pyrrhus : les vices de forme et de procédure laissés sur le champ de bataille », *JCP A*, n° 26, 2 Juillet 2018, p. 2197.

47 Seiller (B.), *Droit administratif, op. cit.*, p. 333.

48 *Ibid.*

contentieux administratif en montrant qu'elle relève en réalité d'un équilibre plus précis entre deux exigences divergentes : la légalité et la stabilité administratives. Cet équilibre est au cœur des récents choix du juge et du législateur en matière de contentieux administratif.

La recherche d'un équilibre entre la légalité et la stabilité administratives irrigue en effet l'évolution contemporaine du contentieux administratif. Les décisions prises en vue de rétablir la légalité sont perçues comme portant nécessairement atteinte à la stabilité des situations acquises. *A contrario*, toute recherche de stabilité passe par une restriction du droit au recours des administrés. De nombreux auteurs se sont fait l'écho de cette quête d'équilibre entre deux impératifs contradictoires. Le président Labetoulle affirmait par exemple que « la stabilité des situations juridiques – souvent assimilée au principe de sécurité, et qui, à tout le moins, est sa principale composante – ne coexiste avec le principe de légalité qu'au prix d'accommodements réciproques »⁴⁹. Plus récemment, la doctrine soulignait que « l'acte administratif créateur de droits est particulièrement sensible au principe de sécurité juridique, tandis que le principe de légalité est une source potentielle d'insécurité juridique » et que « le juge doit concilier, dans un équilibre qui tend aujourd'hui à se trouver, le principe de sécurité juridique et celui de légalité »⁵⁰. Une partie de la doctrine comme des membres de la juridiction administrative estime ainsi qu'un équilibre, bien que précaire, a su être trouvé entre les exigences de légalité et de stabilité administratives. À l'inverse, certains auteurs considèrent que le « combat de tous les jours »⁵¹ entre le principe de légalité et le principe de stabilité a été remporté par ce dernier et que « l'instabilité du principe de légalité, qui frappe tellement les esprits, [serait] le prix à payer pour réaliser une stabilisation au moins partielle des rapports sociaux »⁵². La recherche de stabilité aurait fini par éroder le principe de légalité, les voies de contestation visant à assurer son effectivité et, par conséquent, le droit au recours des administrés. En somme, les voies d'effectivité de l'État de droit auraient été « abîmées »⁵³ par les décisions récemment prises en faveur de la stabilité des actes administratifs. Par ailleurs, cette démarche serait entachée d'effets pervers, l'État de droit et le principe de légalité étant les garanties les plus fondamentales de la sécurité des administrés que les défenseurs de la stabilité juridique s'évertuent à défendre. Il s'agit là d'une hypothèse qu'il s'agira de confirmer ou d'infirmar au moyen d'une étude précise du sort contemporain de l'exception d'illégalité.

49 Labetoulle (D.), « Principe de légalité et principe de sécurité », in *L'État de droit, Mélanges Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 404.

50 Chaltiel (F.), « Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité », *AJDA*, 2009, p. 1650.

51 Labetoulle (D.), « Principe de légalité et principe de sécurité », art. précité, p. 403.

52 Morand (C-A.), *Figures de la légalité*, Publisud éditions, coll. « Droit public », 1992, 4^{ème} de couv.

53 Cassia (P.), « Le Conseil d'État abîme les principes de légalité et de sécurité juridique », *blog mediapart*, 22 mai 2018.

III. Le régime de l'exception d'illégalité des actes administratifs est au cœur de la dichotomie entre les principes de légalité et de stabilité. Il témoigne de ses tenants, de ses mouvances et de son évolution. Cela s'explique notamment par la nature et la portée de l'exception d'illégalité.

En effet, l'exception d'illégalité est un moyen de contestation oblique visant principalement à faire constater tardivement l'illégalité d'actes administratifs. De ce fait, elle sert l'effectivité du principe de légalité, au détriment de la stabilité des situations acquises. Elle peut par exemple aboutir à la déclaration d'illégalité d'un acte réglementaire pouvant conduire à des annulations successives d'actes individuels, par ailleurs créateurs de droits, pris sur son fondement. Dès lors, le régime de l'exception d'illégalité, tel qu'il s'est développé au XX^{ème} siècle et qui est « source d'une relative insécurité juridique pour certains »⁵⁴, repose sur l'idée que « la certitude du respect du droit prime la volonté de stabilité »⁵⁵. Ces formules ont pour vertu de démontrer que le régime de l'exception d'illégalité s'insère parfaitement dans la dichotomie entre les principes de légalité et de stabilité. Ce faisant, il n'a pas échappé à la recherche d'équilibre entre ces deux exigences qui sous-tend nombre de décisions juridictionnelles. Le professeur René Chapus résume cet état de fait en relevant que « la jurisprudence relative à l'exception d'illégalité est une jurisprudence partagée entre deux préoccupations également légitimes : assurer la stabilité des normes et situations juridiques ; éviter la perpétuation de l'illégalité »⁵⁶.

Par ailleurs, le régime de l'exception d'illégalité a subi les effets de la prévalence de l'impératif de stabilité administrative sur le principe de légalité. Pour s'en convaincre, il y a lieu de citer le récent arrêt *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT (CFDT Finances)*⁵⁷ du 18 mai 2018, par lequel le Conseil d'État a considéré que les « conditions d'édiction [d'un] acte, les vices de forme et de procédure dont il 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 »⁵⁸. En creux, cela signifie que les vices de forme et de procédure invoqués lors de la contestation d'un acte réglementaire par voie d'exception, ou lors du recours contre le refus d'abroger un tel acte, ne sont plus opérants. Il s'agit d'un véritable bouleversement du régime de l'invocabilité de l'exception d'illégalité, visant à assurer la pérennité des actes réglementaires devenus définitifs, au moyen d'une limitation drastique du droit au recours des administrés. Une telle solution démontre que l'impératif de

54 Seiller (B.), *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, *op. cit.*, p. 30.

55 *Ibid.*

56 Chapus (R.), *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 681.

57 CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT (CFDT Finances)*, n°414583, *rec. Lebon*, p. 188, *RFDA 2018*, p. 649, concl. Bretonneau (A.), *AJDA 2018*, p. 1206, chron. Roussel (S.) et Nicolas (C.).

58 *Ibid.*, considérant n°4.

stabilité des actes administratifs a bouleversé l'économie des voies de contestation que la jurisprudence administrative a historiquement construites.

L'étude de la portée de l'arrêt *CFDT Finances* permettra notamment de passer à une troisième phase de l'analyse du régime de l'exception d'illégalité. En effet, une première étape, notamment marquée par la thèse du professeur Bertrand Seiller⁵⁹, a permis de le systématiser tout en soulignant son autonomie eu égard aux moyens invoqués par voie d'action dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. Une deuxième étape a eu pour objet de présenter le juge compétent pour statuer sur l'exception d'illégalité, à l'aune de la reconfiguration opérée par les arrêts *SCEA du Chéneau*⁶⁰ et *Société Green Yellow*⁶¹. Il s'agira désormais, dans une troisième phase de l'analyse, d'évaluer les conséquences du poids contemporain de l'impératif de stabilité des actes administratifs sur le fonctionnement et le régime de l'exception d'illégalité.

IV. Dans ses conclusions sur l'arrêt *CFDT Finances*, Aurélie Bretonneau soutenait que l'inopérance des vices de forme et de procédure invoqués par voie d'exception relève « de l'aboutissement plus que de la révolution ». Au cours d'un colloque organisé au Conseil d'État en 2018 et intitulé « principe de légalité, principe de sécurité juridique », elle affirmait également que l'arrêt *CFDT Finances* « clôt un processus »⁶². Elle a été suivie en ce sens par son institution, Bruno Lasserre affirmant en clôture du colloque précité qu' « avec sa décision *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT* [...], le Conseil d'État n'a fait que parachever une évolution déjà très largement entamée en procédant à un dernier réglage de l'équilibre entre le principe de légalité et le principe de sécurité juridique »⁶³. L'invocation de la continuité, comme élément de langage de la communication du Conseil d'État, visait certainement à minimiser les effets de l'inexorable levée de bouclier que la règle prétorienne issue de l'arrêt *CFDT Finances* susciterait en doctrine. Elle permet également au Conseil d'État d'inscrire la règle précitée dans un système juridique car, en dépit des convictions affichées par Bernard Chenot, les membres du Conseil d'État sont de « remarquables juristes, et [...] tout juriste est faiseur de systèmes »⁶⁴. Ces aspirations ont pourtant échoué, la doctrine ayant pris toute la mesure des conséquences de l'arrêt *CFDT Finances* sur le régime de l'exception d'illégalité et sur le droit au recours des administrés.

59 Seiller (B.), *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, *op. cit.*

60 TC, 17 octobre 2011, *SCEA du Chéneau*, n°C3828-3829, *rec. Lebon*, p. 698, *RFDA*, 2011, p. 1122, concl. Sarcelet (J-D.), *AJDA*, 2012, p. 27, chron. Guyomar (M.) et Domino (X.).

61 TC, 12 décembre 2011, *Société Green Yellow et autres c. Électricité de France*, n°C3841, *rec. Lebon*, p. 705, *AJDA*, 2012, p. 27, chron. Guyomar (M.) et Domino (X.), *Les petites affiches*, 16 mars 2012, p. 7, note Groulier (C.).

62 Colloque du CE, « Principe de légalité, principe de sécurité juridique », Entretiens du Contentieux du Conseil d'État, 16 novembre 2018.

63 Lasserre (B.), discours de clôture du colloque du CE, « Principe de légalité, principe de sécurité juridique », Entretiens du Contentieux du Conseil d'État, 16 novembre 2018.

64 Rivero (J.), « Apologie pour les « faiseurs de systèmes » », art. précité, p. 100.

Le professeur Pierre Delvolvé affirmait ainsi, non sans ironie, que l'arrêt *CFDT Finances* gâchait la « sortie de scène »⁶⁵ de M. Bernard Stirn, quittant la présidence de la section du contentieux du Conseil d'État le 28 mai 2018. D'un ton plus direct, le Professeur Paul Cassia critiquait l'inopérance des vices de forme et de procédure invoqués par la voie de l'exception à l'encontre d'un acte réglementaire en rappelant que « 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 »⁶⁶. Le professeur Gweltaz Eveillard écrivait dans le même sens que « les règles de procédure et de forme ont été inconsidérément sacrifiées sur l'autel d'une sécurité juridique controuvée »⁶⁷. En somme, le professeur Nicolas Chiffot retenait que « si le Conseil d'État modifie une nouvelle fois l'équilibre pour le moins précaire entre sécurité juridique et principe de légalité (un simple « aboutissement » et non une « révolution » si l'on en croit Aurélie Bretonneau, rapporteur public sur cette affaire), force est de constater qu'il le fait une nouvelle fois dans le souci de renforcer la première, ce qui fragilise d'autant le second »⁶⁸. Ainsi la doctrine s'est-elle majoritairement élevée, dans un élan illustrant son attachement au principe de légalité, afin de pourfendre la mutation d'origine prétorienne du régime de l'exception d'illégalité.

Toutefois, ce flot de critiques doctrinales a pu, à certains égards, obscurcir la véritable nature de la solution de l'arrêt *CFDT Finances*. La présente étude doit, dès lors, s'attacher à éclaircir cette nature – simple aboutissement ou véritable révolution – dans une perspective plus globale visant à présenter les conséquences de la conception prétorienne « controuvée »⁶⁹ de la sécurité juridique sur le régime de l'exception d'illégalité.

Ainsi, le sort contemporain du régime de l'exception d'illégalité, bien que s'inscrivant dans une tendance jurisprudentielle sacrifiant la légalité sur l'autel de la sécurité juridique, revêt-il la nature d'une révolution ?

En dépit des apparences et à rebours de la théorie développée par le rapporteur public Aurélie Bretonneau⁷⁰ dans ses conclusions sur l'arrêt *CFDT Finances*, il s'agira de répondre à cette interrogation par la positive en démontrant qu'une révolution a bien eu lieu, en ce que le Conseil d'État a organisé une déconstruction du régime général de l'exception d'illégalité (II) faisant suite

65 Delvolvé (P.), « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires - Des arguments pour ? », *RFDA*, 2018, p. 667.

66 Cassia (P.), « Le Conseil d'État abîme les principes de légalité et de sécurité juridique », art. précité.

67 Eveillard (G.), « La limitation du contrôle de la légalité externe des actes réglementaires », *Droit Administratif*, n° 10, Octobre 2018, comm. 45, p. 28.

68 Chiffot (N.), « Moyens opérants à l'appui d'un recours dirigé contre le refus d'abroger un acte réglementaire et par voie d'exception », *Procédures*, n° 7, Juillet 2018, comm. 236.

69 Eveillard (G.), « La limitation du contrôle de la légalité externe des actes réglementaires », art. précité, p. 28.

70 Concl. Bretonneau (A.) sur l'arrêt *CFDT Finances*, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », *RFDA*, 2018, p. 649.

à un mouvement inverse ou, à tout le moins, d'une toute autre nature, de construction d'un régime spécial de l'exception d'illégalité (I).

Chapitre I. La construction d'un régime spécial de l'exception d'illégalité

Ce premier temps de l'analyse vise à démontrer que le législateur et le juge ont construit un régime spécial de l'exception d'illégalité, matériellement restreint aux domaines de l'urbanisme, de la construction et de l'aménagement. Des circonstances de fait et de droit propres à ces matières l'ont progressivement dessiné, en lui donnant des contours et des aspects originaux. Deux traits principaux permettent de le reconnaître aisément et doivent donc être soulignés. Ces traits apparaissent à l'étude de l'opérance de l'exception d'illégalité, qui se trouve à la fois limitée (Section I), et graduée (Section II).

I. Un régime d'opérance limitée

Par la loi *Bosson*⁷¹ du 9 février 1994, le législateur a introduit dans le Code de l'urbanisme des mécanismes de limitation de l'opérance de l'exception d'illégalité. Conscient que cette limitation reposait sur des exigences sectorielles, il a cherché à l'encadrer (§1). Toutefois, l'activisme du juge et les effets du temps ont fini par éroder ce cadre, entraînant l'apparition d'une limitation débordée (§2).

1. Une limitation initialement encadrée

La limitation de l'opérance de l'exception d'illégalité est apparue comme justifiée par les circonstances économiques du marché de l'immobilier et, au regard de ces seules circonstances, une limitation absolue n'a pas semblé nécessaire. Partant, une limitation relative a été privilégiée, conférant à l'opérance de l'exception d'illégalité en matière d'urbanisme et de construction un cadre matériel de limitation (A), ainsi qu'un cadre méthodique de limitation (B).

A. Un cadre matériel de limitation

À la fin du XX^{ème} siècle, le constat d'une instabilité croissante des secteurs de l'aménagement, de la construction, et plus généralement de l'urbanisme, a été fait, tant par les acteurs publics que privés. Cette instabilité, défavorable aux collectivités publiques compétentes en matière d'urbanisme ainsi qu'aux opérateurs économiques, a été imputée à une remise en cause facilitée

71 Loi n°94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction.

des documents d'urbanisme, trop fréquemment déclarés illégaux par la voie de l'exception d'illégalité. Le Conseil d'État a été le premier à se saisir de ce problème, sur demande du Premier ministre Michel Rocard, dans un rapport intitulé *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*⁷² et publié en avril 1992. Il y proposait déjà de restreindre les possibilités d'invoquer l'exception d'illégalité des documents d'urbanisme, notamment en écartant « la possibilité d'invoquer par la voie de l'exception des vices de forme dans l'élaboration du plan d'occupation des sols pour contester les décisions individuelles prises sur son fondement »⁷³. Cette proposition aurait pu faire l'objet d'une consécration partielle car avait été intégré au projet de loi du 25 novembre 1992 portant réforme du Code de l'urbanisme un article 33 disposant que « l'illégalité pour vice de forme d'une directive territoriale d'aménagement, d'un schéma directeur, d'un plan d'occupation des sols ou d'un document d'urbanisme en tenant lieu ne peut être invoquée par voie d'exception que dans le délai d'un an à compter de la date à laquelle ces documents sont devenus opposables aux tiers »⁷⁴. Faute d'inscription à l'ordre du jour des assemblées, ce projet de loi n'a jamais été adopté. Pour autant, il est annonciateur du mécanisme figurant aujourd'hui à l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme et, plus généralement, il laisse présager la relégation de l'invocation des vices de forme et de procédure par la voie de l'exception d'illégalité. Commentant le rapport du Conseil d'État de 1992, Marceau Long affirmait à ce sujet que le contentieux de l'urbanisme pouvait être un « champ d'expérimentation », jouant un « rôle positif pour l'évolution de la juridiction administrative »⁷⁵. La restriction de l'opérance de l'exception d'illégalité en matière d'urbanisme a également été incitée par les acteurs privés. Elle figurait par exemple au nombre des propositions résultant des travaux du 89^{ème} Congrès des notaires organisé à Cannes en mai 1993 sur le thème de « l'urbanisme et la sécurité juridique ». Les notaires y soutenaient que « la construction, l'une des finalités principales et naturelles de l'urbanisme ne peut se concevoir dans l'insécurité résultant de l'instabilité de la règle »⁷⁶.

La limitation des possibilités d'invocation de l'exception d'illégalité en droit de l'urbanisme s'explique par des circonstances juridiques propres à cette matière. D'une part, le droit de l'urbanisme est propice à la prolifération de normes en chaîne, du fait de la multiplication des personnes publiques compétentes pour édicter des réglementations d'urbanisme. À titre d'illustration, une autorisation d'urbanisme est prise en considération d'un plan local d'urbanisme, voire d'un plan local d'urbanisme intercommunal, lui-même adopté en considération d'un schéma

72 Rapport public 1992 du CE, *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*, La documentation française, Études et documents du Conseil d'État.

73 *Ibid.*, proposition n°15, p. 142.

74 Projet de loi portant réforme du Code de l'urbanisme, Document parlementaire A.N., n°3077, 25 novembre 1992.

75 Long (M.), « L'audit du droit de l'urbanisme : du rapport du Conseil d'État au projet de loi portant réforme du code de l'urbanisme », *RFDA*, 1993, p. 222.

76 Gillig (D.), « La remise en cause du caractère perpétuel de l'exception d'illégalité à l'encontre des actes réglementaires », *Les Petites Affiches*, n°104, 31 août 1994.

de cohérence territoriale qui, à son tour, applique les dispositions d'un document d'urbanisme de niveau régional. Ce faisant, le droit de l'urbanisme prend la forme d'une hiérarchie de documents propice à la mise en œuvre de l'exception d'illégalité. En effet, les décisions individuelles d'urbanisme sont toujours prises sur le fondement de dispositions supérieures. Dès lors, la voie d'exception permet d'obtenir leur annulation en excipant de l'illégalité des documents d'urbanisme sur le fondement desquels elles ont été adoptées. Par ailleurs, la nature réglementaire de ces nombreux documents d'urbanisme permet d'invoquer perpétuellement leur illégalité, à l'occasion d'un recours formé contre une décision individuelle d'application, ce qui est manifestement contraire à l'exigence de stabilité des situations juridiques. Cette particularité du droit de l'urbanisme a été relevée tant par la doctrine que par la jurisprudence. Jean-Bernard Auby considérait par exemple que « l'un des aspects les plus frappants du contentieux de l'urbanisme et l'une des sources essentielles de ses effets pathogènes résident dans l'ampleur des « chaînes d'illégalité » qu'il recèle et fait découvrir »⁷⁷. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Mme Ricard*⁷⁸, le commissaire du gouvernement Jean-Claude Bonichot affirmait pour sa part que « la question des rapports entre les documents d'urbanisme et les autorisations d'occuper ou d'utiliser le sol semble frappée du sceau de la malédiction »⁷⁹. D'autre part, le droit de l'urbanisme est caractérisé par une prolifération des obligations de procédure et de forme qui précèdent et encadrent l'adoption des actes administratifs réglementaires ou individuels. Ces obligations visent à améliorer la qualité de la norme, par exemple par une évaluation de ses impacts. Il peut s'agir de consultations préalables obligatoires, d'obligations de publication, par exemple par voie d'affichage, ou encore de l'organisation d'enquêtes préalables. De telles obligations se sont multipliées, entraînant une augmentation des illégalités commises par l'administration du fait de leur violation. Les documents d'urbanisme sont, par conséquent, trop souvent entachés d'illégalités invocables par voie d'exception à l'occasion d'un recours formé contre une décision individuelle prise sur leur fondement. Jean-Bernard Auby relevait à cet égard que « l'exception d'illégalité s'alimente de la très grande complexité qui entoure l'élaboration des documents d'urbanisme » et que l'élaboration des documents d'urbanisme « est toujours une mine inépuisable d'illégalités potentielles »⁸⁰.

Ces circonstances juridiques propices à l'invocation de l'exception d'illégalité et, par conséquent, à de nombreuses annulations contentieuses, ont fini par scléroser l'activité économique en matière immobilière et à freiner la construction de logements, ce qui, comme le

77 Auby (J-B.), « La loi du 9 février 1994 et le contentieux de l'urbanisme », *RFDA*, 1995, p. 25.

78 CE, 28 juillet 1999, *Mme Ricard*, *rec. Lebon*, p. 271, *BJDU*, 1999, p. 382.

79 Bonichot (J-C.) cité par Courrèges (A.), « Sort d'un permis de construire délivré sous l'empire d'un document d'urbanisme illégal », *concl. sur CE*, 7 février 2008, *Commune de Courbevoie*, n°297227, *rec. Lebon*, p. 41.

80 Auby (J-B.), *art. précité*, p. 32.

soutient le président Daniel Labetoulle⁸¹, contrevient au droit pour toute personne de disposer d'un logement décent, consacré comme objectif de valeur constitutionnelle⁸². Dans ce contexte, le législateur a opté pour une limitation des possibilités d'invocation de l'exception d'illégalité. Toutefois, cette limitation n'a pas été initialement conçue comme extensive, puisqu'elle devait être restreinte au cadre matériel du droit de l'urbanisme et de la construction.

Elle résulte de la loi *Bosson*⁸³ qui, après plusieurs stades de réflexion qu'il convient d'évoquer, a introduit au Code de l'urbanisme l'article L. 600-1 et l'article L. 125-5 (devenu L. 600-12) qui feront l'objet de développements ultérieurs. D'une part – on l'a dit – l'article 33 du projet de loi portant réforme du Code de l'urbanisme prévoyait d'exclure l'invocation des vices de forme des plans d'urbanisme au-delà d'un délai d'un an à compter de la date à laquelle les plans sont devenus opposables aux tiers⁸⁴. D'autre part, l'article 3 du projet de loi dans sa version initiale prévoyait d'identifier le délai de recevabilité de l'exception d'illégalité d'un schéma directeur, d'un plan d'occupation des sols ou d'un document d'urbanisme en tenant lieu avec le délai de recours contentieux de deux mois⁸⁵. Or, le projet de loi portant réforme du Code de l'urbanisme n'a jamais été adopté et l'application à l'invocation de l'exception d'illégalité d'un délai de deux mois a été considérée comme trop restrictive. Pourtant, le législateur s'est inspiré de ces propositions pour introduire à l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme une restriction de l'exception d'illégalité qui, couplée aux dispositions de l'article L. 125-5 devenu L. 600-12, également issus de la loi *Bosson*, ont ajouté au cadre matériel sus-évoqué, un cadre méthodique de limitation.

B. Un cadre méthodique de limitation

Deux méthodes de limitation de l'opérance de l'exception d'illégalité en matière d'urbanisme et de construction ont été introduites par le législateur à l'occasion de la loi *Bosson* du 9 février 1994. Afin d'éviter toute extension injustifiée, notamment d'origine prétorienne, elles ont été strictement précisées.

D'une part, l'article 3 de la loi a introduit un article L. 600-1 au Code de l'urbanisme, qui dispose en son premier alinéa 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 ». Ces dispositions appellent

81 Dossier thématique du CE, « Le juge administratif et l'urbanisme », 25 mai 2016 (site internet).

82 C. Const., 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, n°94-359 DC.

83 Loi n°94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction.

84 Projet de loi portant réforme du Code de l'urbanisme, Document parlementaire A.N., n°3077, 25 novembre 1992.

85 Chapus (R.), *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 682.

d'amples commentaires. D'abord, le cadre matériel de restriction de l'invocabilité de l'exception d'illégalité a bien été respecté puisque sont exclusivement concernés les documents intervenant en matière d'urbanisme. Ces documents sont, sans exception, de nature réglementaire, ce qui témoigne de la volonté d'éviter l'invocabilité perpétuelle de leurs irrégularités. De même, seuls les vices de forme et de procédure deviennent insusceptibles d'être invoqués à l'issue d'un délai de six mois par la voie de l'exception d'illégalité, ce qui prouve que l'instabilité des réglementations et des décisions individuelles d'urbanisme a bien été imputée à la prolifération des obligations formelles et procédurales. Par ailleurs, ce choix est précurseur d'une fondamentalisation de l'exception d'illégalité qui repose sur l'idée que seuls les vices de fond sont susceptibles de se transmettre d'acte en acte et donc de perpétuer l'illégalité. Des remarques peuvent également être faites au sujet du délai de six mois pour lequel le législateur a opté. L'étude des travaux parlementaires montre que le délai était initialement fixé à deux mois, avant d'être relevé à quatre puis à six mois⁸⁶. Les parlementaires ont en effet considéré que le délai initial de deux mois aurait vidé de son intérêt l'exception d'illégalité visant les vices de forme et de procédure, et aurait porté une atteinte disproportionnée au caractère perpétuel de l'exception d'illégalité des actes réglementaires. Sans doute ces intentions étaient-elles louables, mais le choix d'un délai de six mois reste la preuve d'une méconnaissance du régime de l'exception d'illégalité. L'exception d'illégalité d'un acte peut être soulevée à l'occasion d'un recours formé contre un deuxième acte pris sur le fondement du premier. Or, comme le souligne M. David Gillig, « il est relativement improbable que dans un délai de six mois, une autorisation individuelle ait été délivrée et qu'une exception d'illégalité soit formée à l'encontre du document d'urbanisme ayant servi de fondement à cette autorisation »⁸⁷. Dans la majorité des cas, le délai de six mois est donc d'une portée platonique.

Ce propos doit toutefois être nuancé car le législateur a consacré l'existence de vices de forme ou de procédure substantiels pouvant être perpétuellement invoqués par voie d'exception. L'alinéa 3 de l'article L. 600-1 dispose en effet que la limitation prévue en son premier alinéa n'est pas applicable à la méconnaissance substantielle ou à la violation des règles de l'enquête publique précédant l'adoption des documents d'urbanisme concernés, ainsi qu'à l'absence du rapport de présentation ou des documents graphiques. Par sa précision, le législateur a ainsi opté pour une méthode de limitation dépourvue de caractère absolu et il a parfois été suivi en ce sens par le juge. Par exemple, le Conseil d'État a jugé, à l'occasion d'un arrêt *SCA Château-l'Arc*, que l'existence d'un recours pendant contre le document d'urbanisme devant une juridiction du fond fait

86 Document parlementaire A.N, n°606, 15 octobre 1993, p. 2 ; document parlementaire S, n°141, 03 décembre 1993, p. 2.

87 Gillig (D.), « La remise en cause du caractère perpétuel de l'exception d'illégalité à l'encontre des actes réglementaires », art. précité.

obstacle à l'impossibilité d'invoquer ses vices de forme et de procédure par voie d'exception au-delà d'un délai de six mois⁸⁸. Cette solution semble logique car l'existence d'un recours pendant fait peser sur l'acte un risque d'annulation, ce qui paralyse momentanément son exigence de stabilité.

D'autre part, la loi *Bosson* du 9 février 1994 a introduit au Code de l'urbanisme un article L. 125-5 devenu L. 121-8 puis L. 600-12, qui dispose que « l'annulation ou la déclaration d'illégalité d'un schéma de cohérence territoriale, d'un plan local d'urbanisme, d'un document d'urbanisme en tenant lieu ou d'une carte communale a pour effet de remettre en vigueur le schéma de cohérence territoriale, le plan local d'urbanisme, le document d'urbanisme en tenant lieu ou la carte communale immédiatement antérieur ». Alors que l'article L. 600-1 restreint l'exception d'illégalité au stade de son invocation, l'article L. 600-12 restreint ses effets, en prévoyant que la déclaration d'illégalité d'un document d'urbanisme, qui découle le cas échéant de l'invocation de son illégalité par voie d'exception, a pour effet de remettre en vigueur le document d'urbanisme antérieur. Dès lors, l'acte attaqué par voie d'action subit une substitution de base légale visant à éviter son annulation. Cette construction sert l'impératif de stabilité des décisions d'urbanisme, mais elle conduit à des situations critiquables. Elle contrevient d'abord au principe selon lequel le droit abrogé ne peut ressusciter⁸⁹. Ensuite, la substitution de base légale que prévoit l'article L. 600-12 peut être sans effet, voire produire des effets pervers, notamment dans des cas d'opération complexe. L'arrêt *Association des Cinq Cantons La Barre et Association Pays Basque Écologie* rendu par le Conseil d'État le 2 février 2004 en est le meilleur exemple⁹⁰. En l'espèce, un arrêté ministériel approuvait le cahier des charges d'une concession portuaire passée en application d'un plan d'aménagement de zone (PAZ), lui-même adopté en application de l'acte de création d'une zone d'aménagement concerté (ZAC). Or, l'acte de création de la ZAC était dépourvu d'étude d'impact, et par conséquent entaché d'une illégalité se transmettant au PAZ et relevée par voie d'exception. En application de l'article L. 121-8 du Code de l'urbanisme, devenu L. 600-12, la déclaration d'illégalité du PAZ a eu pour effet de remettre en vigueur le plan d'occupation des sols (POS) qui lui était antérieur. L'arrêté ministériel a finalement été annulé puisqu'il n'était pas compatible avec le règlement du POS remis en vigueur, alors même qu'il ne contrevenait pas au PAZ qui, lui-même, n'était pas entaché d'une illégalité propre. Dans le cadre d'une opération complexe comme celle-ci, le dispositif de l'article L. 600-1 peut ainsi produire des effets pervers

88 CE, 5 novembre 2014, *SCA Château de l'Arc et autres*, n°362021, *rec. Lebon*, p. 819, *AJDA*, 2015, p. 650, note Pit-tard (Y.), *RDI*, 2015, p. 39, obs. Soler-Couteaux (P.).

89 Cf. Seiller (B), « Les effets de la déclaration d'illégalité sur l'ordonnement juridique », *RFDA*, 2014, p. 721.

90 CE, 2 février 2004, *Association des Cinq Cantons La Barre et Association Pays Basque Écologie*, n°215763, *Juris-Data*, n° 2004-066404.

en remettant en vigueur un document d'urbanisme qui rompt la chaîne normative et en ne permettant pas d'éviter l'annulation de l'acte attaqué par voie d'action.

Dans ses conclusions sur l'arrêt *SA Foncière Paris Neuilly*, Isabelle De Silva prend la défense de ce dispositif qui sauvegarde, selon elle, la stabilité des situations juridiques en mettant fin aux pratiques jurisprudentielles antérieures qui conduisaient « à rendre applicable [à la place de l'acte déclaré illégal] le règlement national d'urbanisme et à censurer en conséquence un grand nombre de décisions prises en matière d'urbanisme »⁹¹.

En tout état de cause, les deux méthodes de limitation de l'invocation et des effets de l'exception d'illégalité, introduites par le législateur en matière d'urbanisme et de construction, forment ce que le professeur Bertrand Seiller qualifie de « validations préétablies »⁹². Contrairement aux validations législatives traditionnelles, les validations préétablies interviennent *a priori* et de façon automatique afin d'éviter des annulations que la complexité de certaines branches du droit « provoque inmanquablement »⁹³. L'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme, par exemple, anticipe les effets d'une déclaration d'illégalité fondée sur des vices de forme et de procédure, en rendant inopérante leur invocation par voie d'exception au-delà d'un délai de six mois. Le recours aux validations préétablies est une preuve des anomalies du système juridique et engendre un certain nombre de « dérèglements normatifs »⁹⁴ qu'illustrent les effets de l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme. Premièrement, le caractère anticipé de la validation ne permet pas de s'assurer de sa nécessité. Deuxièmement, l'impossibilité d'invoquer les vices de forme et de procédure au-delà d'un délai de six mois favorise les recours par voie d'action afin de s'en prémunir, ce qui engendre un regain de l'instabilité juridique contre laquelle elle devait lutter. Troisièmement, la validation anticipée des vices de forme et de procédure envoie un signal d'impunité aux autorités administratives, et peut conduire, à long terme, à une dégradation de la qualité des actes administratifs, ce qui pèse *in fine* sur l'administré et sur l'exigence de sécurité juridique. Les validations préétablies, au nombre desquelles figurent les dispositifs des articles L. 600-1 et L. 600-12 du Code de l'urbanisme, ne sont donc qu'un symptôme d'un droit trop complexe, et l'organisation d'une « déflation normative »⁹⁵ permettrait d'y remédier.

Le caractère pathogène des mécanismes de limitation de l'exception d'illégalité a conduit le législateur à les encadrer, par un champ matériel, par une délimitation précise des documents d'urbanisme concernés ou encore par le maintien de l'invocabilité des vices de forme et de

91 Concl. De Silva (I.) sur CE, 13 novembre 2002, *SA Foncière Paris Neuilly*, n°185637, citées par Labouysse (D.), « L'exception d'illégalité de la règle d'urbanisme locale », *Construction – Urbanisme*, n° 7, Juillet 2015, étude 10.

92 Seiller (B.), « Les validations préétablies, stade ultime du dérèglement normatif », *AJDA*, 2005, p. 2384.

93 *Ibid.*, p. 2384.

94 *Ibid.*, p. 2384.

95 *Ibid.*, p. 2390

procédure jugés substantiels. Toutefois, les effets du temps et l'action du juge comme du législateur ont fini par éroder ce cadre initial et ont conduit à une limitation finalement débordée.

2. Une limitation finalement débordée

La limitation de l'invocabilité et des effets de l'exception d'illégalité des actes administratifs édictés en matière d'urbanisme, d'aménagement et de construction a finalement débordé son cadre initial, en raison de digressions méthodiques (A) et de contagions matérielles (B).

A. Des digressions méthodiques

Les deux méthodes de limitation de l'exception d'illégalité instituées par le législateur en 1994, au stade de son invocation comme à celui de ses effets sur l'ordonnancement juridique, ont connu de larges approfondissements conduisant à violer l'esprit d'une limitation relative et nuancée. De nombreuses illustrations de ces approfondissements, légitimement qualifiables de digressions, peuvent être évoquées.

A l'étape de l'invocabilité de l'exception d'illégalité d'abord, la portée de la limitation instituée à l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme a été fortement étendue et ce, à plusieurs égards. D'une part, son application aux exceptions d'illégalité invoquées devant le juge pénal a été reconnue par la jurisprudence criminelle. Cela résulte notamment d'un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 22 mai 2013⁹⁶. En l'espèce, un prévenu était poursuivi pour avoir exécuté des travaux en méconnaissance du plan d'occupation des sols (POS), et notamment des règles de hauteur, de surface ou encore de distance que ce dernier instituait. Il avait été condamné en appel par la chambre correctionnelle de la cour d'appel de Caen alors qu'il faisait valoir une exception d'illégalité du POS fondée sur l'absence d'enquête publique préalable. Il soutenait notamment qu'il n'avait pas eu accès au rapport du commissaire enquêteur. Pourtant, en cassation, la chambre criminelle a refusé d'annuler l'arrêt de la cour d'appel de Caen en relevant que le prévenu ne justifiait pas clairement que l'exception d'illégalité qu'il invoquait échappait à la prescription instituée par l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme. Cet arrêt illustre parfaitement la rigueur avec laquelle le juge pénal fait application de la limitation prévue à l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme. Une digression plus anecdotique – bien qu'empiriquement importante – concerne l'élargissement des actes administratifs protégés par la limitation de l'invocabilité de l'exception d'illégalité. Alors que seuls les documents d'urbanisme de nature

⁹⁶ Cass., crim., 22 mai 2013, n°12-83.846, *RDI*, 2013, p. 534.

réglementaire et les actes prescrivant leur élaboration ou leur révision étaient initialement concernés, le juge a élargi le champ textuel d'application de l'article L. 600-1 aux simples actes de modification. C'est ce qui résulte, par exemple, d'un arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Paris le 28 septembre 1999⁹⁷. De même, une restriction des illégalités invocables à l'encontre des documents d'urbanismes, protégés par les dispositions de l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme, a été orchestrée par le Conseil d'État dans un arrêt *Société Ocreal* rendu le 14 octobre 2011⁹⁸. Alors que les vices de l'étude d'impact d'un document d'urbanisme pouvaient être invoqués à toute époque par le voie de l'exception d'illégalité puisqu'ils étaient considérés, depuis un arrêt du 2 février 2004⁹⁹, comme susceptibles d'entacher le fond de l'acte, le Conseil d'État a vidé cette règle prétorienne de sa substance en considérant, dans son arrêt de 2011, que « les omissions ou insuffisances d'une étude d'impact ne sont [pas] susceptibles de vicier la procédure et donc d'entraîner l'illégalité de la décision prise au vu de cette étude ». Cette solution est toutefois nuancée car, conformément à la logique de la jurisprudence *Danthony*¹⁰⁰ qu'elle anticipe, les vices de l'étude d'impact de nature à exercer une influence sur la décision de l'autorité administrative restent invocables.

D'autre part, l'irrecevabilité des moyens tirés des vices de forme et de procédure des documents d'urbanisme et invoqués par voie d'exception au-delà d'un délai de six mois qui, par ailleurs, doit être soulevée d'office par le juge depuis un arrêt *Commune de Laffrey* rendu le 23 décembre 2014¹⁰¹, doit également s'apprécier « moyen par moyen ». Cette règle jurisprudentielle, issue de l'arrêt *SA Foncière Paris Neuilly* rendu le 13 novembre 2002¹⁰², signifie que l'invocation, avant l'écoulement du délai de six mois, d'un moyen tiré d'un vice de forme ou de procédure du document d'urbanisme ne permet pas de se prémunir de la limitation temporelle prévue à l'article L. 600-1 pour l'ensemble des autres vices de forme ou de procédure. Autrement dit, le juge n'applique pas la logique de la théorie de la cause juridique, telle qu'elle ressort de la jurisprudence *Intercopie*¹⁰³, au mécanisme prévu à l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme.

Enfin, la restriction de l'invocabilité de l'exception d'illégalité prévue à l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme s'est étendue à l'obligation pour l'administration de ne pas appliquer un règlement illégal, telle qu'elle ressort de l'arrêt *Ponard*¹⁰⁴. En effet, le Conseil d'État a considéré,

97 CAA Paris, 28 septembre 1999, *Commune de Fourqueux*, n°96PA04361.

98 CE, 14 octobre 2011, *Société Ocreal*, n°323257, *rec. Lebon*, p. 1108, *AJDA*, 2012, p. 275, note Lahorgue (M-B.).

99 CE, 2 février 2004, *Association des Cinq Cantons La Barre et Association Pays Basque Écologie*, précité.

100 CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n°335033, *ADJA*, 2012, p. 195, chron. Domino (X.) et Bretonneau (A.), *AJDA*, 2012, p. 1609, tribune Seiller (B.), *D.*, 2013, p. 324, obs. Jault-Seseke (F.).

101 CE, 23 décembre 2014, *Commune de Laffrey*, n°368098, *rec. Lebon*, p. 818, *AJDA*, 2015, p. 650, note Pittard (Y.), *RDI*, 2015, p. 92, obs. Soler-Couteaux (P.).

102 CE, 13 novembre 2002, *SA Foncière Paris Neuilly*, n°185637, *rec. Lebon*, p. 393.

103 CE, Sect., 20 février 1953, *Société Intercopie*, n°9772, *rec. Lebon*, p. 88, *GACA*, 6^{ème} édition, 2018, n°51, p. 1044.

104 CE, Sect., 14 novembre 1958, *Ponard*, n°35399, *rec. Lebon*, p. 554.

par un avis *Marangio* rendu le 9 mai 2005¹⁰⁵, que le maire, saisi d'une demande d'autorisation après l'expiration d'un délai de six mois à compter de sa prise d'effet, est tenu de se fonder sur le document d'urbanisme en vigueur dès lors que sa légalité n'est affectée que par des vices de procédure ou de forme au sens des dispositions précitées de l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme. Cette solution n'apparaissait pas nécessaire et ne semble pas juridiquement logique, ne serait-ce parce que l'obligation de ne pas appliquer un règlement illégal relève du champ non contentieux, alors que l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme opère une sécurisation contentieuse des documents d'urbanisme. Elle a toutefois été nuancée en 2011, le Conseil d'État ayant considéré, dans un arrêt *Commune de Ramatuelle*¹⁰⁶, que cette dérogation à l'obligation de ne pas appliquer un règlement illégal ne s'applique pas lorsqu'une décision juridictionnelle est intervenue pour déclarer son illégalité.

A l'étape des effets de la déclaration d'illégalité sur l'ordonnement juridique ensuite, le mécanisme de l'article L. 600-12 a connu des digressions, notamment instituées par la loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (ELAN)¹⁰⁷. Cette dernière a intégré au Code de l'urbanisme un article L. 600-12-1 qui dispose que la déclaration d'illégalité d'un document d'urbanisme est sans effet sur une décision d'utilisation du sol, si ladite déclaration d'illégalité repose sur un motif étranger aux règles d'urbanisme applicables au projet. Cette disposition tend à rendre encore plus étroit le lien de légalité qui existe entre une autorisation d'urbanisme et le document qui lui est supérieur, afin de restreindre les effets d'une déclaration d'illégalité sur la stabilité des décisions individuelles d'urbanisme. Dans la même logique, l'article L. 442-14 du Code de l'urbanisme prévoit que la déclaration d'illégalité pour un motif étranger aux règles d'urbanisme applicables à un lotissement ne fait pas obstacle à l'application des règles ayant permis d'accorder le permis d'aménager.

L'ensemble de ces digressions ainsi présentées ont concouru à violer le cadre méthodique initial de la limitation de l'invocabilité et des effets de l'exception d'illégalité. Il en va de même de son cadre matériel, débordé par un certain nombre de contagions.

B. Des contagions matérielles

Le cadre matériel de la limitation de l'invocabilité et des effets de l'exception d'illégalité a finalement été outrepassé par des contagions, plus ou moins légitimes, à d'autres matières que

105 CE, Avis, 9 mai 2005, *Marangio*, n°277280, *rec. Lebon*, p. 195, *RFDA*, 2005, p. 1024, concl. Glaser (E.), *JCP A*, 2005, p. 1253, note Billet (P.).

106 CE, 10 octobre 2011, *Commune de Ramatuelle*, n°329623, *rec. Lebon*, p. 624, *RDI*, 2011, p. 639.

107 Loi n°2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique.

l'urbanisme, l'aménagement et la construction. Ces contagions sont de deux natures principalement.

En premier lieu, la limitation s'est exportée à des matières connexes sous l'effet d'une lecture extensive des dispositions de l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme. Cela concerne, au premier chef, le droit de l'environnement. Plusieurs illustrations doivent être évoquées. D'abord, le Conseil d'État a étendu le champ textuel d'application de l'article L. 600-1 aux plans de prévention des risques naturels, aux termes d'un arrêt rendu le 30 décembre 2011¹⁰⁸. De tels plans s'insèrent dans la hiérarchie des documents applicables en matière de construction. Pour autant, ils relèvent davantage de la réglementation environnementale qu'urbanistique, ce qui apporte la preuve d'un élargissement à d'autres matières que celles initialement visées par le législateur en 1994. La même remarque peut ensuite être faite au sujet de l'extension de l'applicabilité de l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme aux plans d'exposition aux bruits, par la cour administrative d'appel de Nancy le 23 mars 2006¹⁰⁹. Enfin, au-delà du seul cadre de l'exception d'illégalité, c'est la logique même d'une limitation temporelle de l'invocabilité des vices de forme et de procédure qui s'est exportée au-delà du droit de l'urbanisme. À titre d'exemple, l'article L. 121-15 du Code de l'environnement dispose qu'aucune irrégularité au regard des dispositions du chapitre dans lequel s'insère l'article ne peut être invoquée notamment lorsque l'acte par lequel la commission nationale du débat public a renoncé à organiser un débat public ou une concertation préalable est devenu définitif.

En second lieu, la limitation prévue à l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme a fait l'objet d'une véritable transposition *in extenso* dans le domaine du droit de la santé, par l'article 4 de la loi du 10 août 2011 modifiant certaines dispositions de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires¹¹⁰. Cet article 4 a introduit au Code de la santé publique un article L. 1434-3-1 disposant que « l'illégalité pour vice de forme ou de procédure du projet régional de santé et de ses composantes prévues à l'article L. 1434-2 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 concerné » (article L. 1434-5 du Code de la santé publique depuis la loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé¹¹¹). L'alignement de l'invocabilité de l'exception d'illégalité des projets régionaux de santé et de leurs composantes avec celle des documents d'urbanisme ne semblait pas nécessaire. En effet, la réglementation en matière de santé n'est pas en proie à la même instabilité chronique que la règle d'urbanisme. En tout état de

108 CE, 30 décembre 2011, n°324310, *RDI*, 2012, p. 180.

109 CAA Nancy, 23 mars 2006, *Commune de Reguisheim*, n° 04NC00288.

110 Loi n°2011-940 du 10 août 2011 modifiant certaines dispositions de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, art. 4.

111 Loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, art. 158.

cause, cette transposition illustre les contagions matérielles d'une exception d'illégalité restreinte par la voie d'une relégation des vices de forme et de procédure dont l'invocabilité est temporellement limitée.

Le premier élément du régime de l'exception d'illégalité en matière d'urbanisme, d'aménagement et de construction est donc bien son caractère limité, tant du point de vue de son invocabilité que du point de vue des conséquences d'une déclaration d'illégalité sur l'ordonnancement juridique. Ce caractère a d'ailleurs fait l'objet de nombreux élargissements et approfondissements rompant avec la volonté initiale du législateur, à savoir restreindre, de façon nécessaire et relative, la voie de droit que représente l'exception d'illégalité. Toutefois, les contagions à d'autres matières que le droit de l'urbanisme, qui ont été exposées, ne permettent pas d'affirmer que le régime spécial de l'exception d'illégalité en matière d'urbanisme se distingue par son caractère limité. En effet, les actes administratifs applicables dans d'autres matières, telles que le droit de l'environnement ou le droit de la santé, ont également fait l'objet d'une protection par une restriction de l'invocabilité et des effets de l'exception d'illégalité. Ainsi la limitation n'est-elle qu'une caractéristique récongnitive du régime de l'exception d'illégalité en matière d'urbanisme. Elle permet de le reconnaître sans véritablement le distinguer. Un second trait doit alors être évoqué pour voir se distinguer, à côté de son régime général, un régime spécial de l'exception d'illégalité. Ce trait distinctif est celui de sa logique de gradation.

II. Un régime d'opérance graduée

Une analyse à grande échelle de l'exception d'illégalité en matière d'urbanisme a permis de mettre en lumière son premier élément de spécialisation, à savoir son caractère limité. Une analyse à petite échelle, c'est-à-dire au prisme des décisions d'urbanisme concernées par l'invocation d'une exception d'illégalité, doit désormais faire apparaître son caractère gradué comme second élément de spécialisation. Ainsi, l'étude de l'exception d'illégalité des actes d'une opération complexe démontrera l'existence d'un cadre d'opérance extensive (§1) et, *a contrario*, l'étude de l'exception d'illégalité en matière d'autorisation d'urbanisme prouvera l'existence d'un cadre d'opérance restrictive (§2).

1. Les opérations complexes comme cadre d'opérance extensive

La théorie des opérations complexes conduit à une invocabilité facilitée de l'exception d'illégalité, ce qui a pour conséquence de fragiliser nombre d'opérations de construction et

d'aménagement (A). La tentative de marginalisation prétorienne des cas d'opération complexe ayant échoué (B), ce cadre d'opérance extensive de l'exception d'illégalité demeure.

A. La fragilisation des opérations de construction et d'aménagement

Par principe, l'exception d'illégalité des actes non réglementaires n'est pas perpétuelle. Elle doit en effet être invoquée avant l'expiration du délai de recours contentieux. Cette règle a été consacrée par le Conseil d'État, notamment à l'occasion d'un arrêt *Ministre de l'environnement et du cadre de vie*, rendu le 25 juillet 1980¹¹². Elle souffre toutefois d'une exception qui tient à la théorie des opérations complexes. Cette dernière, d'origine exclusivement prétorienne, est notamment issue d'un arrêt *Société Angelica-Optique Centraix et autres* rendu par le Conseil d'État le 17 décembre 1982¹¹³. Lorsqu'un acte administratif prend part à une opération ayant le caractère d'une opération complexe, son illégalité peut être invoquée à l'appui d'un recours formé contre un acte postérieur, alors même que cet acte antérieur n'a pas été attaqué dans le délai de recours contentieux et qu'il n'a pas une nature d'acte réglementaire. Dès lors, la théorie des opérations complexes fait échec au caractère non perpétuel de l'exception d'illégalité des actes non réglementaires. La difficulté apparaît alors, pour le juge, au stade de la qualification d'une opération administrative en tant qu'opération complexe. Selon le professeur René Chapus, il y a opération complexe « lorsqu'une décision finale ne peut être prise qu'après intervention d'une ou de plusieurs décisions successives, spécialement prévues pour permettre la réalisation de l'opération dont la décision finale sera l'aboutissement »¹¹⁴. Le professeur Camille Broyelle a précisé, par la suite, ces critères de qualification en soutenant que « la série de décisions non réglementaires, spécialement prévues pour aboutir à une décision finale qui en constitue la conséquence inéluctable »¹¹⁵, peut être qualifiée d'opération complexe.

Empiriquement, le droit de la fonction publique et, surtout, le droit de l'urbanisme sont les matières les plus concernées par des cas d'opérations complexes. En effet, de nombreuses opérations de construction et d'aménagement reçoivent cette qualification. Les opérations d'expropriation en sont l'exemple le plus notable, puisque le Conseil d'État reconnaît depuis 1951 que l'illégalité d'une déclaration d'utilité publique devenue définitive peut être invoquée à l'appui de recours dirigés contre les arrêtés de cessibilité¹¹⁶. Récemment, le Conseil d'État a d'ailleurs précisé les conditions de mise en œuvre de l'exception d'illégalité en matière d'expropriation,

112 CE, 25 juillet 1980, *Ministre de l'environnement et du cadre de vie*, n°20100, *rec. Lebon*, p. 318.

113 CE, 17 décembre 1982, *Société Angelica-Optique Centraix et autres*, n°35554, *rec. Lebon*, p. 419.

114 Chapus (R.), *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 692-693.

115 Broyelle (C.), *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 121.

116 CE, Sect., 29 juin 1951, *Lavandier*, *rec. Lebon*, p. 339, *AJDA*, 1955, p. 288.

d'une façon particulièrement ouverte, en considérant que « le requérant contestant l'arrêté de cessibilité peut exciper de l'illégalité de la première prorogation de la déclaration d'utilité publique même lorsqu'une seconde prorogation est intervenue et n'a pas été mise en cause »¹¹⁷. Les autres cas d'opération complexe en matière d'aménagement et de construction sont nombreux. À titre d'exemple, les actes édictés dans le cadre d'une procédure de création d'une ZAC¹¹⁸ relèvent de cette qualification. Aussi, l'illégalité de l'acte de création d'une ZAC peut être soulevée à l'occasion d'un recours dirigé contre le plan d'aménagement de zone. Il en va de même s'agissant des actes édictés en vue du classement d'un terrain dans la voirie communale¹¹⁹. Enfin, peuvent être qualifiés d'opération complexe les différents actes précédant l'élaboration d'un document d'urbanisme ou permettant sa révision. Par exemple, l'illégalité de la décision prescrivant la révision d'un POS peut être perpétuellement invoquée à l'occasion d'un recours contre la décision approuvant cette décision¹²⁰.

Ainsi existe-t-il, en droit de l'urbanisme, des situations dans lesquelles l'exception d'illégalité se voit reconnaître une opérance extensive, par dérogation à son régime général. Les nombreux cas d'application de la théorie des opérations complexes en droit de l'urbanisme démontrent en effet que le régime spécial de l'exception d'illégalité en la matière n'est pas restrictif par principe et qu'il connaît, en réalité, une gradation qui en fait son originalité. Toutefois, cela ne signifie pas que les limitations générales prévues aux articles L. 600-1 et L. 600-12 du Code de l'urbanisme sont inapplicables à ces cas d'opérance extensive. Il a déjà été démontré que le mécanisme de l'article L. 600-12 relatif aux déclarations d'illégalité trouvait à s'appliquer aux cas d'opération complexe. C'est ce qui ressort de l'arrêt *Association des Cinq Cantons La Barre et Association Pays Basque Écologie* de 2004¹²¹, dans lequel la déclaration d'illégalité d'un PAZ avait entraîné la remise en vigueur du POS qui lui était antérieur.

En dépit de cette limitation, la multiplication des cas d'opérations complexes en droit de l'urbanisme a eu pour conséquence de fragiliser les projets de construction et d'aménagement. L'invocabilité perpétuelle de l'illégalité de l'ensemble des actes en chaîne qui précèdent l'adoption de l'acte final multiplie les risques d'assister à l'annulation de ce dernier. Or, ces risques nuisent assurément aux exigences de stabilité juridique contemporaines, dont l'importance a été soulignée

117 CE, 12 octobre 2018, n°417016 : Pastor (J-M.), « exception d'illégalité dans le cas d'une opération complexe », *Dalloz actualité*, 23 octobre 2018.

118 CE, 23 mars 1979, *Valentini*, n°07654, *rec. Lebon*, p. 133, *AJDA*, 1979, p. 55.

119 CE, 11 juin 1997, *époux Weiss*, n°160363, *Juris-Data*, n°1997-050279, *rec. Lebon*, p. 226.

120 CE, 9 février 1994, *Maljatto*, n°118645, *Juris-Data*, n°1994-043538, *rec. Lebon*, p. 1231.

121 CE, 2 février 2004, *Association des Cinq Cantons La Barre et Association Pays Basque Écologie*, n°215763, *Juris-Data*, n°2004-066404.

par le Conseil d'État dans ses différents rapports et études¹²² et par le législateur, notamment à l'occasion de la loi *Bosson*¹²³. Et, il faut le souligner, ces derniers sont rejoints par la doctrine qui dresse également le constat d'une incompatibilité entre l'instabilité causée par la théorie des opérations complexes et l'exigence moderne de sécurité juridique. Aussi, le professeur René Hostiou a récemment eu l'occasion d'affirmer que la théorie des opérations complexes « se situe aux antipodes de l'objectif de sécurité juridique à laquelle les décideurs – aussi bien publics que privés – sont particulièrement attachés »¹²⁴. Fort de ce consensus, le Conseil d'État a ainsi entrepris de marginaliser les cas d'opération complexe. Cette entreprise a toutefois abouti à un échec.

B. L'échec d'une marginalisation des opérations complexes

Conscient de l'instabilité juridique engendrée par la théorie des opérations complexes, le Conseil d'État a cherché à en restreindre le champ d'application, par la voie d'une redéfinition des conditions d'invocation d'une exception d'illégalité. C'est l'objet de l'arrêt *Sodemel* rendu le 11 juillet 2011¹²⁵, qui dispose que « l'illégalité d'un acte administratif, qu'il soit ou non réglementaire, ne peut être utilement invoquée à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative que si cette dernière a été prise pour son application ou s'il en constitue la base légale ». Une telle formule de portée générale avait pour objet de substituer aux conditions émises par la jurisprudence *Société des établissements Petitjean*¹²⁶, des conditions jugées plus restrictives, afin de limiter les possibilités d'invocation de l'exception d'illégalité. Elle a d'ailleurs permis, en l'espèce, de déclarer inopérante l'exception d'illégalité d'une délibération approuvant une concession d'aménagement d'une ZAC à l'occasion d'un recours formé contre les actes d'expropriation pris en vue de son aménagement. Le Conseil d'État a en effet jugé que « les actes, déclaration d'utilité publique et arrêtés de cessibilité, tendant à l'acquisition par voie d'expropriation des terrains nécessaires à la réalisation d'une zone d'aménagement concerté (ZAC) ne sont pas des actes pris pour l'application de la délibération approuvant la convention par laquelle la commune a confié à une société l'aménagement de cette zone, laquelle ne constitue

122 Cf. Rapport public 1992 du CE, *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*, La documentation française, Études et documents du Conseil d'État ; Rapport public 2006 du CE, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française, Études et documents du Conseil d'État.

123 Loi n°94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction.

124 Hostiou (R.), « Prorogation de la DUP, opération complexe et exception d'illégalité », *RDI*, 2018, p. 589.

125 CE, Sect., 11 juillet 2011, *Société d'équipement du département de Maine-et-Loire Sodemel et ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration (SODEMEL)*, n°320735 ; 320854, *rec. Lebon*, p. 346.

126 CE, Sect., 10 février 1967, *Société des établissements Petitjean et autres*, n°59125, *rec. Lebon*, p. 63, *AJDA*, 1967, p. 267, *chron. Lecat (J.-P.) et Massot (J.)*. : « [une exception d'illégalité] ne peut être accueillie que dans la mesure où la décision dont l'annulation est demandée constitue une mesure d'application de celle dont l'illégalité est invoquée par voie d'exception et où sa légalité est subordonnée à celle du premier texte ».

pas davantage leur base légale »¹²⁷. Les conditions issues de l'arrêt *Sodemel* auraient ainsi permis de restreindre le champ d'application de la théorie des opérations complexes, et plus largement de l'exception d'illégalité, sauvegardant par le même coup la stabilité de nombreuses opérations d'urbanisme. C'est du moins ce que soutient le Conseil d'État dans sa communication. Par exemple, MM. Louis Dutheillet de Lamothe et Guillaume Odinet, alors responsables du centre de recherches et de diffusion juridique du Conseil d'État, affirmaient dans une chronique publiée à l'*AJDA* en 2017 que l'arrêt *Sodemel* avait opéré « un resserrement de l'opérance de l'exception d'illégalité d'un acte individuel »¹²⁸, par une définition précise de ses conditions d'invocabilité.

Un tel resserrement a naturellement suscité des critiques émises par la doctrine. L'argument d'une limitation du droit au recours des administrés a tout d'abord été invoqué, ce qui est nécessairement vrai quand est organisée une restriction de quelque voie de contestation que ce soit. Surtout, il a été soutenu, par le professeur Norbert Foulquier au premier chef, que la restriction de l'invocabilité de l'exception d'illégalité en matière d'opérations d'urbanisme pouvait entrer en contradiction avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹²⁹. En effet, le professeur Norbert Foulquier rappelle que pour la Cour, « la légalité constitue une condition primordiale de la compatibilité d'une mesure d'ingérence avec l'article 1er du protocole n° 1 »¹³⁰ et que cela suppose « qu'une ingérence de l'autorité publique dans la jouissance du droit au respect des biens soit légale¹³¹ »¹³². Or, l'impossibilité de soulever l'exception d'illégalité des actes d'une procédure d'expropriation devenus définitifs, lorsque celle-ci a perdu sa qualité d'opération complexe, empêche de s'assurer que l'ingérence dans le droit de propriété repose sur des fondements légaux. Enfin, ce même auteur souligne que dans l'hypothèse de l'espèce de l'arrêt *Sodemel*, l'exception d'illégalité était invocable. Aussi, il compare l'exception d'illégalité à l'annulation par voie de conséquence, en affirmant que dans l'hypothèse où la délibération approuvant la concession d'aménagement de la ZAC aurait été annulée, le Conseil « [aurait annulé] la DUP et/ou l'arrêté de cessibilité car le bénéficiaire de l'expropriation désigné dans ces actes aurait perdu toute légitimité à recevoir les biens »¹³³. Ce faisant, il réaffirme les liens qui existent entre ladite concession et les actes d'expropriation.

En dépit de ces critiques, et loin des effets d'annonce du Conseil d'État, l'arrêt *Sodemel* s'est révélé n'être qu'une occasion manquée, en ce qu'il a échoué dans son entreprise de

127 CE, Sect., 11 juillet 2011, *Société d'équipement du département de Maine-et-Loire Sodemel et ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration (SODEMEL)*, n°320735 ; 320854, précité, considérant n°4.

128 Dutheillet de Lamothe (L.), Odinet (G.), « exciper d'une nomination illégale », *AJDA*, 2017, p. 517.

129 Foulquier (N.), « Pas d'exception d'illégalité de la concession d'aménagement au soutien de la contestation de la déclaration d'utilité publique », *AJDA*, 2012, p. 449.

130 *Ibid.*, p. 453.

131 CEDH, 26 avr. 2011, *Di Marco c/ Italie*, n° 32521/05, D., 2011, p. 2298, RDI, 2011, p. 387.

132 Foulquier (N.), art. précité, p. 453.

133 *Ibid.*, p. 451.

marginalisation des opérations complexes. En réalité, les conditions d'opérance de l'exception d'illégalité, telles qu'elles résultent de la jurisprudence *Société des établissements Petitjean*, n'ont vécu qu'une altération sémantique sans effet sur leur substance. L'étude de la jurisprudence fait d'ailleurs apparaître que l'absence de reconnaissance d'une opération complexe entre différents actes entrant dans le cadre d'une procédure d'aménagement d'une ZAC s'inscrit dans une certaine continuité jurisprudentielle, que l'arrêt *Sodemel* n'a ni rompu, ni favorisé. Cette continuité a été parfaitement mise en exergue par le professeur Norbert Foulquier : « l'arrêt *Sodemel* ne se démarque pas du reste de la jurisprudence administrative. Celle-ci offre déjà de nombreux exemples de l'inopérance de l'exception de l'illégalité d'un acte à l'appui de recours contre des actes qui, bien qu'ils concourent à la réalisation d'un même but de l'administration, n'entretiennent pas suffisamment de liens de nécessité juridique ou de fait. Le domaine de l'urbanisme en est riche »¹³⁴. Le Conseil d'État juge par exemple depuis 2005, c'est-à-dire antérieurement à l'arrêt *Sodemel*, qu'un requérant ne peut soulever l'illégalité d'un schéma de cohérence territoriale (SCOT) à l'appui d'un recours formé contre une déclaration d'utilité publique (DUP) préalable à une expropriation car cette opération n'est pas une mesure d'application du SCOT¹³⁵. De même, il est jugé depuis 2006 que l'exception d'illégalité d'une mise en demeure à l'occasion d'un recours contre une sanction, en matière d'installations classées, ne peut être soulevée¹³⁶. Cette solution semblait toutefois logique, les mises en demeure s'apparentant davantage à des mesures préparatoires qu'à un fondement légal des sanctions prononcées.

L'arrêt *Sodemel* n'a donc pas abouti à la révolution escomptée, et l'assertion selon laquelle il existe un cadre d'opérance extensive de l'exception d'illégalité, en matière d'urbanisme, reste vraie. Mais un régime gradué suppose l'existence, à l'inverse, d'un cadre d'opérance restrictive. Ce cadre existe : c'est celui des autorisations d'urbanisme.

2. Les autorisations d'urbanisme comme cadre d'opérance restrictive

La sécurisation des opérations d'urbanisme a supposé de restreindre l'invocabilité de l'exception d'illégalité à l'occasion des recours formés contre des autorisations d'urbanisme. Ces dernières ont ainsi formé un cadre d'opérance restrictive de l'exception d'illégalité. Une telle restriction a impliqué un changement conceptuel, l'autorisation d'urbanisme passant d'une

134 *Ibid.*, p. 451.

135 CE, Sect., 25 février 2005, *Association Préservons l'avenir à Ours Mons Taulbac et autre*, n°248060, AJDA, 2005, p. 1224, chron. Landais (C.) et Lenica (F.), RDI, 2005, p. 273, obs. Donnat (F.).

136 CAA Nancy, 9 janvier 2006, *Duval c. MEDD*, n°04NC00704 : Deharbe (D.), « On ne peut exciper de l'illégalité de la mise en demeure devenue définitive en droit des installations classées... mais pour combien de temps encore ? », *Environnement*, n°3, mars 2006, comm. n°32.

« mesure d'application » à une « mesure par application » des documents d'urbanisme (A). Le passage d'une spécialisation à une mutation de l'exception d'illégalité en matière d'urbanisme a été l'inexorable conséquence de cette manœuvre conceptuelle (B).

A. D'une « mesure d'application » à une « mesure par application »

À l'origine, les autorisations d'urbanisme et les refus d'urbanisme suivaient le même régime contentieux. Ils étaient tous deux considérés comme des « mesures d'application » du document d'urbanisme ayant permis leur édicition. Dès lors, en vertu des conditions qui résultent de l'arrêt *Société des Établissements Petitjean*¹³⁷, un requérant pouvait demander leur annulation en excipant de l'illégalité du document d'urbanisme sur le fondement duquel ils avaient été édictés. Le professeur Jean-Claude Vénézia s'est fait l'écho de cette règle prétorienne en soulignant que « le juge administratif a considéré que les autorisations de construire et de lotir étaient des mesures d'application des documents d'urbanisme locaux ce qui entraînait l'annulation par voie de conséquence de la constatation de ces documents par voie d'exception »¹³⁸. Cela résultait notamment des arrêts *SCI La Méditerranée*¹³⁹ et *Chantebout*¹⁴⁰, respectivement rendus par le Conseil d'État le 13 octobre 1967 et le 23 avril 1982.

Toutefois, conscient que cette identité contentieuse entre l'autorisation et le refus d'urbanisme était néfaste pour la stabilité des opérations d'urbanisme, le juge y a mis fin. Considérant que « l'exigence de préserver la stabilité et la sécurité juridique n'est pas transposable aux refus de permis de construire, qui ne sont pas créateurs de droits »¹⁴¹, il n'a pas restreint l'invocabilité d'un document d'urbanisme à l'occasion d'un refus pris sur son fondement. Il a par exemple reconnu l'existence d'un lien d'application permettant de soulever l'exception d'illégalité d'une charte de parc naturel régional dans le cadre d'un recours formé contre un refus de déclaration d'utilité publique pris sur son fondement, dans un arrêt *Commune de Manzat*¹⁴² rendu par le Conseil d'État le 29 avril 2009. Il a également considéré que l'exception d'illégalité du document d'urbanisme peut être invoquée dans le cadre d'un recours contre un refus de permis

137 CE, Sect., 10 février 1967, *Société des établissements Petitjean et autres*, n°59125, *rec. Lebon*, p. 63, *AJDA*, 1967, p. 267, *chron. Lecat (J.-P.) et Massot (J.)* : « [une exception d'illégalité] ne peut être accueillie que dans la mesure où la décision dont l'annulation est demandée constitue une mesure d'application de celle dont l'illégalité est invoquée par voie d'exception et où sa légalité est subordonnée à celle du premier texte ».

138 Vénézia (J.-C.), « Les mesures d'application », in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 673.

139 CE, 13 octobre 1967, *SCI La Méditerranée*, n°58575, *rec. Lebon*, p. 675.

140 CE, 23 avril 1982, *Chantebout*, n°20972, *rec. Lebon*, p. 158.

141 Moritz (M.), « Les effets limités de l'exception d'illégalité d'un document d'urbanisme dans le contentieux des refus de permis de construire », *JCP A*, n°13, 28 mars 2011, p. 2123.

142 CE, 29 avril 2009, *Commune de Manzat*, n°293896, *BJDU*, n°2/2009, p. 151, *RDI*, 2009, p. 420, *AJDA*, 2009, p. 911, *JCP A*, 2009, p. 2231, *obs. Billet (P.)*.

de construire pris sur son fondement¹⁴³. Ces solutions apparaissent légitimes puisqu'un refus d'urbanisme se justifie quasiment toujours par l'invocation des dispositions des documents d'urbanisme supérieurs. À titre d'exemple, lorsqu'un maire refuse un permis de construire, il le fait au regard et en application d'un ou plusieurs articles du règlement du plan local d'urbanisme. La ligne jurisprudentielle consistant à ne pas restreindre l'exception d'illégalité en matière de refus d'urbanisme a été suivie par le législateur qui a prévu que le mécanisme de l'article L. 600-12-1 du Code de l'urbanisme, qui s'apparente à une substitution de base légale, n'est pas applicable aux refus de permis de construire ou aux opposition à déclaration préalable de travaux¹⁴⁴.

En revanche, les autorisations d'urbanisme qui, elles, sont créatrices de droits, ont vu leur régime contentieux évoluer. De « mesures d'application », elles sont devenues des « mesures prises en application » du document d'urbanisme supérieur. Ce changement, d'ordre purement conceptuel, a permis de faire échec à l'invocation de l'exception d'illégalité du document d'urbanisme ayant fondé l'autorisation. En effet, les « [mesures prises par application] sont seulement prises dans le cadre d'une règle supérieure, sans en être une conséquence. À la différence des mesures prises « en application », les mesures prises « par application » ne sont pas des actes conséquences. Elles ne sont pas prises « en application » d'une règle supérieure. Simplement, interviennent-elles dans son cadre »¹⁴⁵. Par conséquent, il n'y a pas lieu d'examiner la légalité d'un document d'urbanisme à l'occasion d'un recours contre un acte pris sur son fondement, puisque ce dernier a seulement été pris « dans son cadre » sans en être la véritable « conséquence ». Cette évolution fait dire au commissaire du gouvernement Jean-Claude Bonichot que la relation entre la règle d'urbanisme locale et l'autorisation de construire est « frappée du sceau de la malédiction »¹⁴⁶. Cette dissociation de l'autorisation d'urbanisme et de la règle d'urbanisme locale, favorable à la stabilité des opérations d'urbanisme bien que supposant certaines acrobaties intellectuelles, repose sur un argument phare : les autorisations d'urbanisme ne seraient pas des mesures d'application des règles d'urbanisme locales, mais seraient fondées sur le droit civil de propriété. Plus précisément, elles seraient fondées sur l'article 552 alinéa 2 du Code civil qui dispose « le propriétaire peut faire au-dessus [de son sol] toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos ». Georges Liet-Veaux affirme en ce sens que « le principe reste en effet en France le droit de lotir ou de construire », et que « ce droit n'est pas conféré par un

143 CE, 15 décembre 2010, *M. et Mme Casado*, n°331671, *Juris-Data*, n° 2010-024331, *JCP A*, 2011, act. 36, *AJDA*, 2010, p. 2459, *RDI*, 2011, p. 121, obs. Soler-Couteaux (P.).

144 Art. L. 600-12-1, alinéa 2, CU : le présent article n'est pas applicable aux décisions de refus de permis ou d'opposition à déclaration préalable. Pour ces décisions, l'annulation ou l'illégalité du document d'urbanisme leur ayant servi de fondement entraîne l'annulation de ladite décision.

145 Vénézia (J.-C.), *op cit.*, p. 678.

146 Concl. Bonichot (J.-C.) sur CE, 28 juillet 1999, *M. Ricard*, « Annulation du permis de construire accordé au vu d'une modification illégale du POS ayant pour seul objet de rendre possible l'opération litigieuse », *rec. Lebon*, 1999, p. 271.

document d'urbanisme, mais au contraire refusé ou aménagé par de simples règles de police contenues dans ce document »¹⁴⁷. Cet argument avait été pour la première fois invoqué par M. Bernard Stirn dans ses conclusions sur l'arrêt *Ministre de l'Environnement et du Cadre de vie c. Comité Inter-Association pour l'environnement de Nancy*¹⁴⁸, rendu le 9 janvier 1981. Il y proposait de distinguer, d'un point de vue contentieux, les refus d'abrogation, directement fondés sur les prescriptions d'un POS, et les décisions positives d'approbation susceptibles d'être dissociées de ce document, puisque fondées sur le droit du propriétaire d'édifier des constructions sur son sol¹⁴⁹.

Toutefois, la dissociation opérée entre les autorisations d'urbanisme et les règles d'urbanisme locales n'a pas été absolue. Un cas a été réservé, dans lequel l'annulation d'une autorisation d'urbanisme peut être invoquée en excipant de l'illégalité des dispositions du document d'urbanisme sur le fondement desquelles elle a été prise. Ce cas résulte de la théorie du lien indissociable, qui ressort notamment de l'arrêt *Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais*¹⁵⁰ rendu par le Conseil d'État le 8 juin 1990, transposant à l'exception d'illégalité cette théorie émise à l'origine en matière d'annulation par voie de conséquence par la jurisprudence *Société Gepro*¹⁵¹ du 12 décembre 1986. En vertu de cette théorie, l'illégalité des dispositions d'un document d'urbanisme peut être invoquée à l'occasion d'un recours formé contre une autorisation d'urbanisme, si ces dispositions ont été « spécialement édictées en vue de permettre la délivrance de cette autorisation »¹⁵². Finalement, cette théorie est très proche de celle du détournement de pouvoir, puisqu'elle concerne les cas dans lesquels l'autorité compétente en matière d'urbanisme a commis une illégalité dans le seul but de permettre la délivrance d'une autorisation de construire. Aussi, elle pouvait sembler, au premier abord, concerner un nombre restreint de situations contentieuses. Pour autant, elle a encore une fois été considérée comme susceptible de violer le principe de sécurité juridique en permettant la remise en cause de la règle d'urbanisme locale. Le professeur François Brenet affirme par exemple qu'« en transposant la jurisprudence *Gepro* aux cas d'exceptions d'illégalité, l'arrêt *Assaupamar (Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais)* a, considérablement, augmenté le risque de remise en cause très tardive des autorisations d'urbanisme. La légalité prenait ainsi définitivement le pas sur la sécurité juridique »¹⁵³. Cela a

147 Liet-veaux (G.), « Des dangers de l'exception d'illégalité, ou de l'interdiction de ne rien faire qui ne soit autorisé par la loi », in *Mélanges Georges Péquignot*, tome II, mai 1984, p. 435.

148 Concl. Stirn (B.) sur CE, 9 janvier 1981, *Ministre de l'environnement et du cadre de vie c. Comité inter-association pour l'environnement de Nancy*, D., 1982, Inf. Rap., p. 520.

149 Liet-Veaux (G.), art. précité, pp. 438-439.

150 CE, Sect., 8 juin 1990, *Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais (Assaupamar)*, n°93191, *rec. Lebon*, p. 149, *RFD A*, 1991, p. 149, concl. Toutée (H.), *AJDA*, 1990, p. 701, chron. Honorat (E.) et Schwartz (R.).

151 CE, 12 décembre 1986, *Société Gepro*, n°54701, *Juris-Data*, n°1986-645870, *AJDA*, 1987, p. 275, concl. Vigouroux.

152 Billet (P.), « De l'obligation de refuser d'appliquer un document d'urbanisme illégal », *JCP A*, n° 26, 27 Juin 2005, p. 1253.

153 Brenet (F.), « L'exception d'illégalité et les autorisations d'urbanisme : des conditions nouvelles au service de la sécurité juridique », *Hebdo édition publique : urbanisme*, n°56, 6 mars 2008.

alors conduit à l'abandon de cette théorie, par l'arrêt *Association Préservons l'avenir à Ours Mons Taubac*¹⁵⁴ rendu par le Conseil d'État le 25 février 2005. Ce dernier a en effet considéré qu' « une déclaration d'utilité publique n'étant pas une mesure d'application d'un schéma directeur ou d'un document d'urbanisme, le moyen tiré de leur illégalité ou de celle de leur révision ne peut être utilement invoqué à l'encontre de celle-ci, même s'ils ont eu pour objet de rendre possible l'opération en cause »¹⁵⁵.

En somme, cette ligne jurisprudentielle, considérant les autorisations d'urbanisme comme des « mesures prises en application » des documents d'urbanisme, en a fait un cadre restrictif de l'exception d'illégalité en matière d'urbanisme. Elle s'achève par l'arrêt *Commune de Courbevoie*¹⁵⁶, rendu par le Conseil d'État le 7 février 2008, qui, en s'appuyant sur le mécanisme de l'article L. 600-12 du Code de l'urbanisme, a organisé le passage d'une spécialisation à une mutation de l'exception d'illégalité en matière d'urbanisme.

B. D'une spécialisation à une mutation de l'exception d'illégalité

L'arrêt *Commune de Courbevoie*¹⁵⁷, rendu par le Conseil d'État le 7 février 2008, clôt l'épisode jurisprudentiel relatif à l'invocabilité de l'exception d'illégalité en matière d'autorisation d'urbanisme. Le juge administratif « suprême » y considère qu' « il peut être utilement soutenu devant le juge qu'un permis de construire a été délivré sous l'empire d'un document d'urbanisme illégal [...], à la condition que le requérant fasse en outre valoir que ce permis méconnaît les dispositions pertinentes ainsi remises en vigueur »¹⁵⁸. Partant, cet arrêt est représentatif de l'ensemble des éléments de spécialisation de l'exception d'illégalité en matière d'urbanisme. D'une part, il organise une invocabilité limitée de l'exception d'illégalité d'un document d'urbanisme, afin de lutter contre l'instabilité de la règle d'urbanisme locale. Pour ce faire, il invoque le mécanisme prévu à l'article L. 600-12 du Code de l'urbanisme. Il affirme en effet que l'invocation de l'exception d'illégalité d'un document d'urbanisme, à l'occasion d'un recours formé contre une autorisation administrative, n'est admise qu'à la condition que le requérant parvienne à démontrer que ladite autorisation méconnaît le document d'urbanisme antérieur, remis en vigueur sur le fondement de l'article L. 600-12. Ce faisant, le juge rend l'invocation du moyen tiré de l'exception

154 CE, Sect., 25 février 2005, *Association Préservons l'avenir à Ours Mons Taubac et autre*, n°248060, AJDA, 2005, p. 1224, chron. Landais (C.) et Lenica (F.), RDI, 2005, p. 273, obs. Donnat (F.).

155 Billet (P.), « De la distension des liens entre document d'urbanisme et déclaration d'utilité publique », JCP A, n° 20, 16 mai 2005, p. 1212.

156 CE, Sect., 7 février 2008, *Commune de Courbevoie*, n°297227, rec. Lebon, p. 41, RFDA, 2008, p. 559, concl. Courrèges (A.), JCP A, 2008, p. 2113, note Bailleul (D.).

157 *Ibid.*

158 *Ibid.*, considérant n°3.

d'illégalité extrêmement complexe, et pour cette raison, il n'atteint pas son but. En effet, cette complexité, propre au contentieux de l'urbanisme, défavorise davantage les requérants individuels qu'institutionnels, alors que l'instabilité de la règle d'urbanisme peut légitimement être imputée aux seconds. D'autre part, il réaffirme la dissociation opérée par le juge entre les autorisations d'urbanisme et les documents d'urbanisme supérieurs en considérant que « si le permis de construire ne peut être délivré que pour un projet qui respecte la réglementation d'urbanisme en vigueur, il ne constitue pas un acte d'application de cette réglementation »¹⁵⁹. Il entérine ainsi la distinction, théorisée par le professeur Jean-Claude Vénézia, entre les « mesures d'application » qui permettent l'invocation d'une exception d'illégalité, et les « mesures par application », qui ne le permettent pas¹⁶⁰. Enfin, l'arrêt *Commune de Courbevoie* rappelle l'application de la limitation de l'exception d'illégalité prévue à l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme. Le requérant peut invoquer l'exception d'illégalité du document d'urbanisme en vigueur s'il démontre que l'acte attaqué par voie d'action méconnaît les dispositions du document qui serait remis en vigueur, « sous réserve, en ce qui concerne les vices de forme ou de procédure, des dispositions de l'article L. 600-1 du même code »¹⁶¹. Dès lors, dans un tel cas de figure, les vices de forme et de procédure du document d'urbanisme dont l'illégalité est invoquée par voie d'exception ne sont plus susceptibles d'être soulevés à l'issue d'un délai de six mois à compter de sa prise d'effet. Ainsi, l'arrêt *Commune de Courbevoie* incarne une agrégation de limitations de l'exception d'illégalité, représentative de la spécialisation de son régime en matière d'urbanisme, de construction ou d'aménagement.

Toutefois, la règle issue de l'arrêt *Commune de Courbevoie* va plus loin qu'une simple spécialisation de l'exception d'illégalité : elle conduit implicitement à sa mutation. Elle a en effet modifié son esprit. L'exception d'illégalité est, par principe, une voie de droit qui a pour objet de préserver la légalité administrative. L'acte attaqué par voie d'action n'est qu'un prétexte permettant l'invocation de l'exception d'illégalité afin d'épurer la hiérarchie normative de ses vices et ainsi rétablir la légalité. Les conditions d'invocation, à savoir le lien d'application ou le lien de base légale, en sont la meilleure preuve. Certaines restrictions à son invocabilité peuvent néanmoins être admises quand la pérennité de la hiérarchie normative a une certaine importance, notamment dans des matières en proie à l'instabilité juridique. Ces restrictions, telles qu'elles ont été opérées par exemple par les articles L. 600-1 et L. 600-12 du Code de l'urbanisme, atténuent la portée de l'exception d'illégalité sans en violer l'esprit. À l'inverse, l'arrêt *Commune de Courbevoie* en altère l'esprit, en inversant sa logique : l'invocation de l'exception d'illégalité vise à pérenniser l'acte administratif attaqué par voie d'action, en lui recherchant une base légale qu'il ne méconnaît

159 *Ibid.*, considérant n°3.

160 Vénézia (J.-C.), *op cit.*

161 CE, 7 février 2008, *Commune de Courbevoie*, n°297227, *rec. Lebon*, p. 41, précité, considérant n°3.

pas, par l'utilisation de la substitution de base légale prévue à l'article L. 600-12 du Code de l'urbanisme. Si et seulement si l'acte administratif qui fait l'objet du recours par voie d'action méconnaît sa nouvelle base légale, alors il doit être annulé. Et, cette annulation semble sonner pour le juge administratif comme un échec, alors même que l'annulation des actes administratifs illégaux est, en partie, sa raison d'être. Dès lors, l'annulation de l'acte qui fait l'objet d'un recours ne résulte plus de l'invocation de l'exception d'illégalité de l'acte qui en a été le fondement, mais résulte de ce que l'on peut qualifier une impossibilité de base légale. C'est ici qu'apparaît la mutation de l'exception d'illégalité, qui prouve qu'en droit de l'urbanisme, les exigences de sécurité juridique ont pris le pas sur la légalité administrative, au point de déformer les mécanismes et voies de contestation qui avaient pour objet de la préserver.

La spécialisation, voire la mutation, de l'exception d'illégalité en matière d'urbanisme est la preuve de la nécessaire reconnaissance d'un contentieux spécial de l'urbanisme. Les différents mécanismes institués dans le but de pérenniser la règle d'urbanisme ont en effet conduit à « rompre l'unité du contentieux administratif »¹⁶². C'est ce que souligne le professeur Christian Debouy, lorsqu'il affirme que la loi *Bosson* et les vingt ans de réformes qui l'ont suivie ont entraîné la « construction d'un contentieux administratif spécial de l'urbanisme »¹⁶³. Or, loin d'en déplorer l'inexorable apparition, il convient d'accepter, voire de favoriser, la rupture du contentieux administratif et l'apparition de contentieux administratifs spéciaux. Il est nécessaire de reconnaître que certaines matières contentieuses répondent à des enjeux différents et à des logiques propres, et accepter que l'importance de l'exigence de légalité fluctue en fonction des matières juridiques. Aussi, cela permettra d'éviter les généralisations, à l'ensemble du contentieux administratif, de mesures qui se justifient uniquement d'un point de vue sectoriel. En d'autres termes, les contentieux administratifs spéciaux ne doivent pas être des chambres d'expérimentation puisqu'ils répondent à des conditions propres et non transposables au contentieux administratif général.

Les préceptes qui viennent d'être exposés et qui résultent d'une analyse sectorielle de l'exception d'illégalité ne semblent pas, loin de là, être les principes d'action du législateur comme du juge. Dans un article intitulé « droit du contentieux de l'urbanisme et droit du contentieux administratif »¹⁶⁴, publié dans les mélanges offerts au professeur Jean Waline en 2002, le président Daniel Labetoulle mettait en exergue la récurrence des généralisations de procédés et méthodes ayant fait leur preuve dans le contentieux de l'urbanisme. Il faisait surtout apparaître que la

162 Solier-Couteaux (P.), « L'arrêt Commune de Courbevoie : une occasion manquée ? », *RDI*, 2008, p. 240.

163 Debouy (C.), « Vingt ans de réformes depuis la loi Bosson : construction d'un contentieux administratif spécial de l'urbanisme ? », *JCP A*, n°29, 21 juillet 2014, p. 2233.

164 Labetoulle (D.), « Droit du contentieux de l'urbanisme et droit du contentieux administratif », in *Gouverner, administrer, juger, Mélanges Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 629.

nécessité de telles extensions n'est pas naturellement acquise, et qu'elles doivent, par conséquent, faire l'objet d'une minutieuse évaluation. En généralisant la relégation des vices de forme et de procédure dans le cadre de l'exception d'illégalité, par son arrêt *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT (CFDT Finances)*¹⁶⁵ du 18 mai 2018, le Conseil d'État a fait fi de ces sages recommandations. Par là même, il a organisé la déconstruction du régime général de l'exception d'illégalité.

165 CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT (CFDT Finances)*, n°414583, *rec. Lebon*, p. 188, *RFDA 2018*, p. 649, concl. Bretonneau (A.), *AJDA 2018*, p. 1206, chron. Roussel (S.) et Nicolas (C.).

Chapitre II. La déconstruction du régime général de l'exception d'illégalité

La restriction de l'exception d'illégalité en certaines matières de l'action administrative n'était qu'une première étape de son évolution contemporaine. Elle a toutefois servi de socle à une généralisation, à l'ensemble du contentieux administratif, d'une exception d'illégalité limitée, notamment du point de vue de son invocabilité. Cette généralisation compose la seconde étape du sort contemporain de l'exception d'illégalité, que cette étude a pour objet de décrire. Elle ressort en grande partie de la règle prétorienne issue de l'arrêt *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT (CFDT Finances)*¹⁶⁶, rendu par le Conseil d'État le 18 mai 2018. Sous couvert d'une fondamentalisation, à de nombreux égards symptomatique, du contentieux administratif (Section II), cet arrêt - qu'il conviendra d'analyser - a organisé une dégradation polysémique de l'exception d'illégalité (Section I), conduisant à la déconstruction de son régime général.

I. Une dégradation polysémique

La dégradation récente de l'exception d'illégalité est polysémique en ce qu'elle peut s'entendre à la fois comme une uniformisation, niant les gradations qui ont progressivement émergé dans le régime de l'exception d'illégalité (§1), et comme un affaiblissement (§2).

1. Une dégradation synonyme d'uniformisation

L'arrêt *CFDT Finances*¹⁶⁷ uniformise le régime de l'exception d'illégalité en opérant une généralisation de sa restriction dont on peut douter de la légitimité (A), comme de la licéité (B).

A. Une généralisation à la légitimité défectueuse

Par l'arrêt *CFDT Finances*, le Conseil d'État a jugé qu'après l'expiration du délai de recours contentieux, les vices de forme et de procédure dont un acte serait entaché ne peuvent pas être utilement invoqués par voie d'exception et notamment¹⁶⁸ dans le cadre de la contestation du refus

166 CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT (CFDT Finances)*, n°414583, *rec. Lebon*, p. 188, *RFDA*, 2018, p. 649, concl. Bretonneau (A.), *AJDA* 2018, p. 1206, chron. Roussel (S.) et Nicolas (C.).

167 *Ibid.*

168 Seiller (B), « Nouvelle restriction de l'invocabilité des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », *Gazette du Palais*, n°34, 09 octobre 2018, p. 30 : Bertrand Seiller démontre que la contestation du

de l'abroger¹⁶⁹. Il a ainsi organisé une sécurisation contentieuse des actes pour lesquels le délai de recours est expiré. Les actes de nature réglementaire sont donc expressément visés, ce qui s'explique par l'importance de leur annulation sur leurs actes d'application. Il convient, par ailleurs, de relever qu'en ayant recours à l'expression « utilement invoqué »¹⁷⁰, le Conseil d'État a opté pour le régime de l'inopérance des vices de forme et de procédure. Ce choix peut, à première vue, paraître sans importance, puisque la conséquence d'une irrecevabilité ou d'une inopérance est la même : le moyen est « voué au rejet »¹⁷¹. Mais il existe en réalité une différence notable. En effet, « le Conseil d'État exige du juge qu'il expose les raisons qui emportent la qualification de moyen irrecevable, alors que la déclaration d'inopérance n'a pas à être motivée »¹⁷². Il est donc à supposer que cette absence d'obligation de motiver la déclaration d'inopérance d'un moyen a suffi à convaincre le Conseil d'État. Ce dernier soutient à rebours que ce choix résulte de ce que l'irrecevabilité d'un moyen est déclarée à raison de l'expiration du délai dans lequel il était invocable, alors que l'inopérance des vices de forme et de procédure s'explique par le fait qu'ils ne peuvent être invoqués que par voie d'action. Il convient également de souligner que l'invocabilité du vice d'incompétence a été préservée. Cela tient au fait que l'incompétence, « réputée mère de tous les vices »¹⁷³, demeure un moyen d'ordre public, et « touche à la condition même de possibilité d'édiction de l'acte »¹⁷⁴. Ce moyen est donc lié, en partie, au fond de l'acte, ce qui justifie le maintien de son invocabilité et illustre la volonté de fondamentalisation de l'exception d'illégalité - qui sera démontrée ci-après - supposant une « hiérarchisation des illégalités »¹⁷⁵. Dans son *Cours de droit administratif*, Charles Eisenmann rangeait d'ailleurs « l'incompétence dans les illégalités de fond, par opposition aux illégalités tenant aux modalités d'exercice des pouvoirs légalement conférés »¹⁷⁶.

En tout état de cause, l'inopérance des vices de forme et de procédure invoqués par voie d'exception après l'expiration du délai de recours a pour but d'améliorer la sécurité juridique. Pour s'en convaincre, il suffit d'observer que l'expression « sécurité juridique », même si elle n'apparaît pas dans le corps de la décision *CFDT Finances*, figure à trois reprises dans les conclusions du rapporteur public Aurélie Bretonneau qui ont été suivies. Aussi, il est légitime de

refus d'abroger un acte est une exception d'illégalité car « c'est en démontrant, par voie d'exception, que l'acte en cause est illégal depuis l'origine ou est devenu illégal depuis son édicton, que le refus de l'abroger peut-être lui-même considéré comme illégal et dès lors annulé ».

169 CE, *CFDT Finances*, précité, considérant n°4.

170 *Ibid.*, considérants n°4 et n°5.

171 Douteaud (V-S.), « Pour une clarification de la distinction entre moyens inopérants et moyens irrecevables en contentieux administratif », *RFDA*, 2016, p. 698.

172 *Ibid.*, p. 701.

173 Concl. Bretonneau (A.) sur l'arrêt *CFDT Finances*, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », *RFDA*, 2018, p. 656.

174 *Ibid.*, p. 656.

175 *Ibid.*, p. 655.

176 *Ibid.*, p. 656.

se demander si la sécurité juridique commandait d'uniformiser le régime de l'exception d'illégalité en généralisant sa restriction. L'on pourra alors douter de la nécessité d'appliquer cette restriction à l'ensemble des champs contentieux et ce, d'autant plus que l'importance du principe de légalité y est variable.

Par exemple, il y a lieu de penser que la restriction opérée par l'arrêt *CFDT Finances* s'appliquera devant le juge pénal. En effet, ce dernier fait déjà application de la restriction instituée à l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme¹⁷⁷. Pourtant, le principe de légalité, mis à mal par l'arrêt *CFDT Finances*, revêt une importance toute particulière en droit pénal, ce qui avait justifié d'élargir l'invocabilité d'une exception d'illégalité présentée devant le juge répressif. Par exemple, à l'inverse de la jurisprudence en matière administrative, le Conseil d'État avait reconnu dans un arrêt *Association des centres distributeurs Edouard Leclerc*¹⁷⁸ qu'en matière pénale, l'exception d'illégalité d'un acte réglementaire est admise à l'occasion d'un recours formé contre un second acte le modifiant, même si ce dernier n'en constitue pas nécessairement un acte d'application. Pour faciliter l'invocabilité de l'exception d'illégalité en matière pénale, l'article 111-5 du Code pénal prévoit également que « les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis ». Cette disposition permet d'éviter les lourdeurs d'une question préjudicielle, lorsqu'une partie au procès pénal souhaite invoquer l'illégalité d'un acte administratif par voie d'exception. L'importance du principe de légalité en matière pénale justifie donc une exception d'illégalité particulièrement ouverte, et rend l'élargissement d'une exception d'illégalité restreinte illégitime.

Également, en matière d'urbanisme, il est des cas dans lesquels l'invocabilité de l'exception d'illégalité doit être facilitée, au-delà du cas des opérations complexes présenté ci-avant. Ainsi, dans ses conclusions sur l'arrêt *Association des centres distributeurs Edouard Leclerc*¹⁷⁹ du 24 janvier 1992, Patrick Hubert proposait, quand l'importance du principe de légalité l'exige, de substituer aux conditions de l'arrêt *Société des établissements Petitjean*¹⁸⁰ la condition de la « base nécessaire ». Il s'agissait selon lui d'une formule plus large que celle de l'arrêt *Société des établissements Petitjean*¹⁸¹, qui permettrait de recouvrir d'autres mesures que les mesures d'application d'un acte

177 Cass., crim., 22 mai 2013, n°12-83.846, *RDI*, 2013, p. 534.

178 CE, 24 janvier 1992, *Association des centres distributeurs Edouard Leclerc*, n°68122, *rec. Lebon*, p. 39, *AJDA*, 1992, p. 379, *chron. Maugüe (C.) et Schwartz (R.)*, *RFDA*, 1992, p. 499, *concl. Hubert (P.)*.

179 *Concl. Hubert (P.) sur CE, Sect., 24 janvier 1992, Association des centres distributeurs Edouard Leclerc*, n°68122, *RFDA*, 1992, pp. 504-505.

180 CE, Sect., 10 février 1967, *Société des établissements Petitjean et autres*, n°59125, *rec. Lebon*, p. 63, *AJDA*, 1967, p. 267, *chron. Lecat (J.-P.) et Massot (J.)*. : « [une exception d'illégalité] ne peut être accueillie que dans la mesure où la décision dont l'annulation est demandée constitue une mesure d'application de celle dont l'illégalité est invoquée par voie d'exception et où sa légalité est subordonnée à celle du premier texte ».

181 *Ibid.*

réglementaire, afin d'élargir l'invocabilité de l'exception d'illégalité. En effet, un premier acte peut être nécessaire à l'édition d'un second, sans que ce dernier en soit une mesure d'application. Cette proposition n'a pas été retenue, mais elle illustre la nécessité d'avoir un nivellement des possibilités d'invocation de l'exception d'illégalité, en fonction des matières concernées et de l'importance du principe de légalité. L'arrêt *CFDT Finances* fait fi de cette nécessité par l'uniformisation qu'elle opère.

Cette uniformisation conduit par ailleurs à une situation incohérente en ce que le régime général de l'exception d'illégalité devient plus contraignant que son régime spécial qui ressort de l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme, et qui avait été institué pour limiter son invocabilité en matière d'urbanisme. En effet, l'arrêt *CFDT Finances* rend inopérante l'invocation par voie d'exception des vices de forme et de procédure d'un acte administratif, quand l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme a maintenu un délai de six mois dans lequel l'invocation de ces vices reste possible. Cette incohérence est renforcée par le fait que le juge saisi de l'exception d'illégalité d'un document d'urbanisme continuera d'appliquer le régime de l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme plutôt que la règle issue de l'arrêt *CFDT Finances*. En effet, une règle jurisprudentielle ne peut écarter une règle de valeur législative et, en vertu de la maxime *Specialia generalibus derogant*, les règles spéciales dérogent aux règles de portée générale. Il y a donc lieu de croire à la disparition prochaine de l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme qui n'a plus de raison d'exister, ce qui illustre le nivellement qu'a opéré l'arrêt *CFDT Finances* en niant les divers degrés d'applicabilité de l'exception d'illégalité.

Enfin, le champ d'application de la règle jurisprudentielle issue de l'arrêt *CFDT Finances* est potentiellement très large. Les actes de droit souple peuvent, par exemple, être concernés puisque même s'il ne s'agit pas en principe d'actes réglementaires, certains d'entre eux peuvent « revêtir un caractère de dispositions générales et impératives [et] avoir un caractère réglementaire »¹⁸². De même, ladite règle peut conduire à limiter l'obligation pour l'administration de s'abstenir d'appliquer un règlement illégal, qui résulte de l'arrêt *Ponard*¹⁸³. L'administration n'y serait plus contrainte lorsque l'acte réglementaire en cause ne serait entaché que de vices de forme et de procédure. Cette hypothèse doit être envisagée, notamment parce que la restriction de l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme s'est transmise à l'obligation de ne pas appliquer un règlement illégal, par l'avis *Marangio*¹⁸⁴ du 9 mai 2005.

182 Aranda Vasquez (A.), « Le Conseil d'État précise les modalités de recours contre les actes réglementaires », *Les Petites Affiches*, n°145, 20 juillet 2018, p. 18.

183 CE, Sect., 14 novembre 1958, *Ponard*, n°35399, *rec. Lebon*, p. 554.

184 CE, Avis, 9 mai 2005, *Marangio*, n°277280, *rec. Lebon*, p. 195, *RFDA*, 2005, p. 1024, concl. Glaser (E.), *JCP A*, 2005, p. 1253, note Billet (P.).

La généralisation de la restriction de l'exception d'illégalité est donc entachée d'une légitimité défectueuse, puisqu'elle nie le nivellement du régime de l'exception d'illégalité qui s'était construit au gré des nécessités. Cette légitimité défectueuse s'accompagne d'une licéité douteuse.

B. Une généralisation à la licéité douteuse

L'inopérance généralisée des moyens tirés des vices de forme et de procédure d'un acte réglementaire en matière d'exception d'illégalité entre en contradiction avec les exigences de l'ordre juridique.

Elle est d'abord contraire à la jurisprudence constitutionnelle. Dans sa décision du 21 janvier 1994, relative à la loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction¹⁸⁵, le Conseil constitutionnel a confirmé la constitutionnalité de l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme en se fondant sur quatre éléments¹⁸⁶. D'une part, la restriction apportée « est limitée à certains actes relevant du seul droit de l'urbanisme »¹⁸⁷. D'autre part, « [le législateur] a fait réserve des vices de forme et de procédure qu'il a considérés comme substantiels »¹⁸⁸. Ensuite, a été maintenu « un délai de six mois au cours duquel toute exception d'illégalité peut être invoquée »¹⁸⁹. Enfin, la restriction apportée n'a pas eu pour effet « de limiter la possibilité ouverte à tout requérant de demander l'abrogation d'actes réglementaires illégaux ou devenus illégaux et de former des recours pour excès de pouvoir contre d'éventuelles décisions de refus explicites ou implicites »¹⁹⁰. Ces quatre éléments apparaissent comme les conditions d'une restriction de l'exception d'illégalité conforme au droit constitutionnel d'exercer des recours fondé sur l'article 16 de la Déclaration de 1789¹⁹¹. De même, afin de rejeter la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article L. 1434-3-1 du Code de la santé publique, qui transpose en droit de la santé la même restriction que celle instituée à l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme, le Conseil d'État a lui-même consacré ces quatre éléments comme conditions de constitutionnalité d'une restriction de l'exception d'illégalité, à l'occasion de sa décision *SAS Clinique d'Occitanie*¹⁹² du 29 avril 2015.

185 C. Const., 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, n°93-335 DC.

186 *Ibid.*, considérant n°4.

187 *Ibid.*

188 *Ibid.*

189 *Ibid.*

190 *Ibid.*

191 *Ibid.*, considérant n°4 : « que dès lors il n'est pas porté d'atteinte substantielle au droit des intéressés d'exercer des recours ; qu'ainsi le moyen tiré d'une méconnaissance de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen manque en fait ».

192 CE, 29 avril 2015, *SAS Clinique d'Occitanie*, n°387773.

La solution de l'arrêt *CFDT Finances* est contraire à l'ensemble de ces conditions. D'une part, elle n'a pas limité la restriction de l'exception d'illégalité à certains actes de l'action administrative dont la stabilité est particulièrement menacée. Elle jouit, à dessein, d'une portée générale qui semble contraire aux exigences constitutionnelles dégagées par le Conseil constitutionnel et par le Conseil d'État lui-même. D'autre part, cette même portée générale empêche de préserver l'invocabilité de vices substantiels. Sur le modèle de la règle jurisprudentielle issue de l'arrêt *Danthony*¹⁹³, peut-être aurait-il été préférable de préserver les vices de procédure ayant eu une influence sur le sens de la décision, ou concernant une garantie du requérant, ne serait-ce parce que de tels vices concernent autant le fond de l'acte que sa forme. C'est en vertu de cette dernière considération que l'alinéa 3 de l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme a préservé l'invocabilité des vices substantiels tels que la violation des règles d'une enquête publique. Par ailleurs, l'inopérance prévue par l'arrêt *CFDT Finances* s'applique *ab initio*, quand la jurisprudence constitutionnelle exige le maintien d'un délai de six mois préservant l'invocabilité de toute exception d'illégalité. Enfin et surtout, l'inopérance des moyens tirés des vices de forme et de procédure prévue par l'arrêt *CFDT Finances* s'applique aux exceptions d'illégalité autant qu'aux recours exercés contre les refus d'abrogation des actes administratifs. Pourtant, il apparaît qu'une restriction de l'invocabilité de l'exception d'illégalité d'un acte n'est constitutionnelle qu'à la condition que les recours contre le refus de l'abroger ou de le modifier soient maintenus. C'est ce qui ressort de la décision constitutionnelle du 21 janvier 1994¹⁹⁴ comme d'un arrêt rendu par le Conseil d'État le 27 mars 2019¹⁹⁵. Dans ce dernier arrêt, était en cause la constitutionnalité du XV de l'article 34 de la loi du 29 décembre 2010¹⁹⁶, codifié à l'article 1518 F du Code général des impôts, au regard du droit au recours garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789. Cet article, faisant en l'espèce l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, prévoit que les décisions délimitant les secteurs d'évaluation et portant fixation tarifaire de la taxe foncière sur les propriétés bâties ne peuvent être contestées par la voie de l'exception d'illégalité à l'occasion d'un litige relatif à la valeur locative d'une propriété bâtie. Le Conseil d'État a jugé qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer ladite question prioritaire de constitutionnalité car cette restriction de l'exception d'illégalité en matière fiscale n'entraîne pas l'impossibilité de former un recours contre le refus de modifier les décisions qu'elle protège. Le Conseil d'État a en effet jugé que l'article contesté était compensé par le fait qu'« il est [...] loisible aux administrés, [...] s'ils estiment que les décisions en cause sont devenues illégales en raison de changements dans des circonstances de droit ou de fait postérieurs à leur édicton, après avoir vainement saisi l'autorité compétente, de former un

193 CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n°335033, *ADJA*, 2012, p. 195, chron. Domino (X.) et Bretonneau (A.), *AJDA*, 2012, p. 1609, tribune Seiller (B.), *D.*, 2013, p. 324, obs. Jault-Seseke (F.).

194 C. Const., 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, n°93-335 DC.

195 CE, 27 mars 2019, n°427758.

196 Loi n°2010-1658 du 29 décembre 2010 de finances rectificative pour 2010.

recours devant le juge de l'excès de pouvoir tendant à l'annulation du refus qui leur aurait été opposé de modifier ces décisions »¹⁹⁷. La constitutionnalité d'une restriction de l'invocabilité de l'exception d'illégalité est donc bien subordonnée au maintien de la possibilité de contester les refus d'abroger ou de modifier les actes administratifs. L'arrêt *CFDT Finances*, qui restreint autant l'exception d'illégalité que la contestation du refus d'abroger, entre en contradiction avec cette règle jurisprudentielle.

Elle peut ensuite entraver l'application d'obligations constitutionnelles, en reléguant l'invocation des vices de forme et de procédure. En effet, cela conduit à ne pas appliquer, ou au moins à ne pas appliquer comme la norme l'exige, des obligations constitutionnelles. Par exemple, la violation d'une procédure de consultation en matière environnementale, si elle n'est pas sanctionnée, peut contrevenir aux principes de participation du public ou de concertation tels qu'ils sont prévus par la Charte de l'environnement. Il en va de même s'agissant du Préambule de la Constitution de 1946 qui impose des règles d'ordre procédural en matière de droit des travailleurs, et plus précisément en matière d'organisation syndicale, de grève, ou de détermination collective des conditions de travail. Ainsi, selon le professeur Denys de Béchillon et contrairement à l'argumentation développée par le rapporteur public Aurélie Bretonneau, un vice de forme ou de procédure peut être « particulièrement digne d'estime lorsqu'il touche [...] à la procédure consultative, et que cette dernière met en œuvre un impératif de nature constitutionnelle – pensons à la « participation du public » telle que prévue par la Charte de l'environnement, mais aussi, par exemple, à tout ce qui touche aux droits des travailleurs dans le Préambule de 1946 »¹⁹⁸.

Enfin, la solution de l'arrêt *CFDT Finances* peut conduire à la violation de normes conventionnelles. D'une part, en empêchant la sanction de vices de forme ou de procédure longtemps après leur commission, elle laisse subsister dans l'ordre juridique des illégalités et viole de ce fait le principe de prééminence du droit qui figure à l'alinéa 6 du Préambule de la Convention européenne des droits de l'homme. Sur le fondement de ce principe, le recours aux validations législatives a été strictement encadré. La Cour européenne des droits de l'homme considère en effet que le principe de prééminence du droit s'oppose, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans le but d'influer sur le dénouement d'un litige¹⁹⁹. Par conséquent, tout porte à croire que les « validations préétablies »²⁰⁰ – l'arrêt *CFDT Finances* organisant une « validation préétablie » généralisée – portent atteinte au principe

197 CE, 27 mars 2019, n°427758, considérant n°16.

198 De Béchillon (D.), « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires - Contre », *RFDA*, 2018, p. 662.

199 CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski c. France*, n°24846/94, *AJDA*, 2000, p. 526, chron. Flauss (J-F.).

200 Seiller (B.), « Les validations préétablies, stade ultime du dérèglement normatif », art. précité, p. 2384.

de prééminence du droit, notamment du fait de leur caractère systématique. D'autre part, la règle issue de l'arrêt *CFDT Finances* peut conduire à ne pas sanctionner l'irrespect d'obligations communautaires, notamment procédurales. Ce faisant, elle contrevient au principe d'effectivité du droit de l'Union européenne qui figure à l'alinéa 2 du 3^o de l'article 4 du Traité sur l'Union européenne²⁰¹.

La licéité de la règle issue de l'arrêt *CFDT Finances* peut ainsi être interrogée à deux égards. Elle produit d'abord des incohérences dans la jurisprudence interne, notamment constitutionnelle. Elle conduit ensuite l'État français à violer ses engagements conventionnels et communautaires. Ces violations des exigences de l'ordre juridique sont finalement inhérentes à une recherche de stabilité juridique, au prix d'une dégradation, qui peut également être synonyme d'affaiblissement, des voies de contestation que la jurisprudence a historiquement construites, telles que l'exception d'illégalité.

2. Une dégradation synonyme d'affaiblissement

La généralisation d'une invocabilité limitée de l'exception d'illégalité entraîne son affaiblissement, en raison d'une remise en cause de ses fondements conceptuels (A). Cet affaiblissement était pourtant dispensable (B).

A. Un affaiblissement des fondements conceptuels de l'exception d'illégalité

La règle jurisprudentielle issue de l'arrêt *CFDT Finances* affaiblit les fondements de l'exception d'illégalité d'un point de vue interne d'une part, c'est-à-dire en niant les différents régimes qui la composent, et d'un point de vue externe d'autre part, en rendant son invocabilité plus restreinte que d'autres voies de contestation qui lui sont proches.

D'un point de vue interne d'abord, l'arrêt *CFDT Finances* opère un rapprochement entre l'exception d'illégalité des actes individuels et l'exception d'illégalité des actes réglementaires, ce qui rompt avec le fondement conceptuel de l'exception d'illégalité. Par principe, l'exception d'illégalité est particulièrement ouverte lorsqu'elle concerne un acte réglementaire, afin de permettre de sanctionner, de façon tardive, des illégalités susceptibles de se transmettre d'actes en actes. Les actes réglementaires sont en effet des actes cadres édictés dans le but de permettre l'adoption ultérieure d'autres actes pris sur leur fondement. Ainsi, pour éviter la reproduction

201 Art. 4, 3^o, alinéa 3 du Traité sur l'Union européenne : « les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union ».

d'illégalités entre des actes qui se suivent, il faut pouvoir contester, en tout temps, la légalité de l'acte cadre qui est à l'origine de la chaîne normative. À l'inverse, les actes individuels – hormis ceux intégrés à une opération complexe – ne sont pas susceptibles d'entacher la chaîne normative d'une illégalité transmissible. Ces considérations justifient que l'exception d'illégalité des actes réglementaires soit perpétuelle, à l'inverse de l'exception d'illégalité des actes individuels qui est en principe invocable dans le délai de recours contentieux uniquement. Elles supposent également l'invocabilité de l'ensemble des vices entachant l'acte cadre, le rétablissement d'une légalité totale étant par nature préférable. Or, en limitant les vices invocables par voie d'exception à l'encontre d'un acte réglementaire, l'arrêt *CFDT Finances* nuance la distinction entre la contestation des actes individuels et des actes réglementaires. Cette distinction se trouvait pourtant au cœur du mécanisme de l'exception d'illégalité. Ce faisant, l'exception d'illégalité est affaiblie dans son ensemble puisque sa raison d'être, à savoir la contestation tardive des actes réglementaires, est elle-même contestée. En ce sens, Benoît Plessix soutient que « le principal défaut de l'arrêt *CFDT Finances* est d'appliquer les exigences de la sécurité juridique à la contestation des actes réglementaires »²⁰². Il affirme également que « dans un État qui accorde une si grande importance à la réglementation administrative, c'est une garantie fondamentale que de pouvoir critiquer des années plus tard un décret [...] en pouvant soulever une exception d'illégalité ou en attaquant le refus de l'administration de l'abroger »²⁰³. Enfin, les conséquences de l'arrêt *CFDT Finances* dépassent le simple cadre de l'exception d'illégalité, puisqu'elles vont jusqu'à nuire à la spécificité du droit administratif français et à l'autonomie de la juridiction administrative. Elles nuisent d'abord à la singularité du droit administratif français car « si celui-ci est ce qu'il est, si par exemple il ne ressemble pas au droit administratif allemand, c'est parce qu'il a fait de la contestation de l'acte réglementaire, par voie d'action comme par voie d'exception, sa marque de fabrique »²⁰⁴. Elles nuisent ensuite à l'autonomie de la juridiction administrative puisqu'elles limitent les moyens dont elle dispose pour déclarer un acte illégal, alors qu'elle se distingue par principe de la juridiction judiciaire et de juridictions administratives étrangères par l'étendue de ses pouvoirs visant à rétablir la légalité.

D'un point de vue externe ensuite, l'arrêt *CFDT Finances* affaiblit l'exception d'illégalité en la rendant plus difficilement invocable que d'autres voies de contestation qui lui sont proches et qui appartiennent également à ce que le rapporteur public Aurélie Bretonneau qualifie de

202 Plessix (B.), « Le droit administratif, droit de l'acte réglementaire », *Droit Administratif*, n° 7, Juillet 2018, repère 7, p. 1.

203 *Ibid.*, p. 2.

204 *Ibid.*, p. 1.

« contestations obliques »²⁰⁵ ou de mécanismes « dominos »²⁰⁶. Elle rompt notamment le lien avec le mécanisme de l'annulation par voie de conséquence. Pourtant, l'exception d'illégalité et l'annulation par voie de conséquence répondent à la même logique en permettant de sanctionner les illégalités qui se sont transmises d'actes en actes. Le mécanisme de l'annulation par voie de conséquence permet en effet de demander au juge d'annuler l'ensemble des actes qui ont été pris sur le fondement d'un autre lorsqu'il a lui-même fait l'objet d'une annulation. Cette logique commune pourrait faire croire à un régime d'invocabilité similaire. D'ailleurs, le Conseil d'État avait identifié leurs conditions d'invocation en jugeant, dans un arrêt du 20 mars 2013, que l'annulation par voie de conséquence pouvait être déclarée si l'acte concerné constituait une mesure d'application d'un premier acte annulé, ou si le premier acte en constituait la base légale²⁰⁷. Toutefois, cette identité a été rompue par l'avis *Okosun*²⁰⁸, rendu par le Conseil d'État le 30 décembre 2013. Par un raisonnement en deux temps, le Conseil d'État a dissocié l'invocabilité de l'exception d'illégalité et de l'annulation par voie de conséquence. Il a d'abord considéré que « le moyen invoquant, par voie d'exception, l'illégalité du refus d'admission provisoire au séjour opposé à un demandeur d'asile, ne peut être utilement invoqué à l'appui d'un recours dirigé contre les décisions par lesquelles le préfet, après la notification du rejet par l'OFPRA de la demande d'asile traitée dans le cadre de la procédure prioritaire, refuse le séjour et oblige l'étranger à quitter le territoire français »²⁰⁹. Il a ensuite jugé qu'« il incombe au juge de l'excès de pouvoir, saisi de conclusions recevables contre les décisions de refus de séjour et d'obligation de quitter le territoire français, de prononcer, en cas d'annulation du refus d'admission provisoire au séjour, l'annulation par voie de conséquence de ces décisions »²¹⁰. Ce faisant, l'exception d'illégalité d'un premier acte ne peut être invoquée à l'appui d'un recours contre un second, alors même que l'annulation du premier entraîne l'annulation par voie de conséquence du second. L'incohérence de cette dissociation a entraîné une véritable levée de boucliers en doctrine. Au premier chef, le professeur Bertrand Seiller a souligné qu'il devrait être naturel que « dès lors que l'exception d'illégalité d'un acte est inopérante à l'appui du recours contre un autre, celui-ci ne puisse pas être annulé par voie de conséquence de l'annulation du premier »²¹¹. Le professeur

205 Concl. Bretonneau (A.) sur l'arrêt *CFDT Finances*, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », *RFDA*, 2018, p. 656.

206 Bretonneau (A.), Lessi (J.), « Exception d'illégalité et annulation par voie de conséquence : la théorie du domino », art. précité, p. 222.

207 CE, 20 mars 2013, *Société d'aménagement de Lot-et-Garonne et syndicat mixte de développement économique du marmandais*, n°351101, *rev. Lebon*, p. 789.

208 CE, Avis, Sect., 30 décembre 2013, *Okosun*, n° 367615, *rev. Lebon*, p. 343, *AJDA*, 2014, p. 222, chron. Bretonneau (A.) et Lessi (J.), *RFDA*, 2014, p. 76, concl. Domino (X.).

209 Seiller (B.), « L'inopérance de l'exception d'illégalité n'exclut pas l'annulation par voie de conséquence », *Gazette du Palais*, n°53, 22 février 2014.

210 *Ibid.*

211 *Ibid.*

Gweltaz Eveillard a pointé du doigt « l'incohérence »²¹² de la solution de l'avis *Okosun*. *A contrario*, d'autres auteurs ont voulu justifier cette solution. Il a notamment été soutenu que « l'annulation par voie de conséquence a des possibilités d'intervention plus larges que l'exception d'illégalité, car elle est empreinte d'un plus grand pragmatisme, fondé sur la causalité adéquate et la divisibilité des actes »²¹³. En tout état de cause, cette dissociation a pour conséquence que les restrictions de l'exception d'illégalité ne s'appliquent pas à l'annulation par voie de conséquence, alors que ces deux mécanismes répondent à une logique identique qui apparaît à l'étude de leurs conditions de mise en œuvre. Cela illustre l'existence d'un sort particulier de l'exception d'illégalité – mais également de la contestation des refus d'abroger – par rapport aux autres voies qui reposent sur la « théorie du domino »²¹⁴, et qui sont susceptibles d'entraîner des annulations en chaîne.

Les exigences de la sécurité juridique ont ainsi conduit à l'apparition de situations incohérentes du point de vue de la logique juridique. Ces incohérences sont notamment le résultat d'un affaiblissement de l'exception d'illégalité, dont la nécessité doit être interrogée.

B. Un affaiblissement au caractère dispensable

Le choix d'une inopérance de l'ensemble des vices de forme et de procédure invoqués par voie d'exception à l'encontre d'un acte réglementaire semble, par certains aspects, trop général voire absolu. Était-il indispensable ? Les techniques jurisprudentielles et législatives de stabilisation des actes administratifs sont nombreuses et offrent des solutions intermédiaires qui auraient pu être envisagées. Ainsi, il convient d'évaluer leur applicabilité à l'exception d'illégalité.

D'abord, le juge aurait pu envisager d'appliquer la règle de l'arrêt *Czabaj*²¹⁵ à l'exception d'illégalité, c'est-à-dire de la déclarer irrecevable lorsqu'elle est invoquée au-delà d'un délai raisonnable d'un an. Cela permettrait d'éviter les contestations trop tardives d'actes de nature réglementaire et ainsi assurer leur stabilité. Cette transposition peut sembler contraire à la logique juridique car elle revient à appliquer à l'invocation d'un moyen un délai qui s'applique par principe au stade de la formation du recours. Pourtant, elle a déjà eu lieu au sujet de l'exception d'illégalité des actes individuels, dans une décision rendue par le Conseil d'État le 27 février 2019²¹⁶. En l'espèce, le requérant n'a pu exciper de l'illégalité d'un acte administratif à l'occasion

212 Eveillard (G.), « La limitation du contrôle de la légalité externe des actes réglementaires », art. précité, p. 28.

213 Roma (G.), « Exception d'illégalité et annulation par voie de conséquence : où passe la frontière ? », note sous l'avis CE, Sect., 30 décembre 2013, *Okosun*, n°367615, *Revue générale du droit on line*, 11 mars 2014, n°15256.

214 Bretonneau (A.), Lessi (J.), art. précité.

215 CE, Ass., 13 juillet 2016, *Czabaj*, précité, considérant n°5.

216 CE, 27 février 2019, n°418950.

d'un recours contre un second acte pris sur le fondement du premier, puisque le premier acte, auquel le délai de recours n'était pas applicable faute d'information de l'intéressé sur les voies et délais de recours, avait été édicté plus d'un an auparavant. En dépit de la confusion qu'elle entraîne en appliquant à la formation d'un moyen un délai qui contraint en principe la formation du recours, cette solution peut s'appliquer s'agissant des actes individuels puisque le caractère perpétuel de l'exception d'illégalité ne s'y applique pas. En revanche, il ne peut être envisagé de soumettre l'exception d'illégalité des actes réglementaires à un délai raisonnable d'un an car cela violerait purement et simplement son caractère perpétuel, qui apparaît comme sa raison d'être.

Ensuite, le juge aurait pu envisager de généraliser le recours à la régularisation des actes dont les irrégularités ont été soulevées par voie d'exception. Il ne s'agirait que d'une généralisation puisque le recours à la régularisation prévaut déjà en matière d'urbanisme. En effet, l'article L. 600-9 du Code de l'urbanisme dispose que le juge peut surseoir à statuer et inviter les parties à régulariser un acte déclaré illégal. Un recours plus fréquent à cette technique aurait pu être envisagé afin de préserver l'opérance des vices de forme et de procédure tout en évitant la déclaration d'illégalité de l'acte qui en est entaché. La protection de la stabilité de ce dernier aurait ainsi été préservée. Cela est d'autant plus vrai que depuis l'arrêt *Commune de Sempy*²¹⁷, rendu par le Conseil d'État le 29 juin 2018, les possibilités de contester les actes de régularisation et les actes régularisés sont fortement restreintes. Après avoir rappelé que peuvent faire l'objet d'une régularisation devant le juge, sur le fondement de l'article L. 600-9 du code de l'urbanisme, les vices de forme ou de procédure affectant un document d'urbanisme de nature à entacher d'illégalité ce document, c'est-à-dire ceux qui ont été susceptibles d'exercer une influence sur son sens ou qui ont privé les intéressés d'une garantie, le Conseil d'État a jugé que « les parties à l'instance ayant donné lieu à la décision de sursis à statuer en vue de permettre la régularisation de l'acte attaqué ne peuvent contester la légalité de l'acte pris par l'autorité administrative en vue de cette régularisation que dans le cadre de cette instance et qu'elles ne sont, en revanche, pas recevables à présenter [...] une requête tendant à l'annulation de cet acte »²¹⁸. Renforcée par cette nouvelle restriction, la technique de la régularisation est une voie de sécurisation efficace. Toutefois, elle conduit, en substance, aux mêmes conséquences qu'une inopérance des vices de forme et de procédure. En effet, la régularisation, même si elle intervient *a posteriori* quand l'inopérance intervient *a priori*, a pour objet de neutraliser les effets d'une irrégularité. Malgré la différence de temporalité, la régularisation et l'inopérance partagent le même objet et les mêmes

217 CE, 29 juin 2018, *Commune de Sempy*, n°395963, *Juris-Data*, n°2018-011313, *AJDA*, 2018, p. 272, chron. Roussel (S.) et Nicolas (C.), *RDI*, 2018, p. 175, note Soler-Couteaux (P.), *RFDA*, 2018, p. 357, concl. Burguburu (J.).

218 *Ibid.*, considérant n°4 ; Boul (M.), « La prise d'ELAN du contentieux de la régularisation des documents d'urbanisme », *Droit administratif*, n°10, Octobre 2018, comm. 52, p. 48.

effets. Ainsi la régularisation ne peut-elle être envisagée comme un remède à l'inopérance, mais seulement comme un palliatif ; elle ne fait que repousser les symptômes sans les guérir.

La même critique peut être faite à l'égard de l'application de la jurisprudence *Association AC !* du 11 mai 2004²¹⁹. Le juge aurait pu se limiter à prévoir la modulation dans le temps de l'effet des déclarations d'illégalité des actes réglementaires, afin de permettre à l'administration d'édicter un nouvel acte réglementaire s'y substituant et permettant d'éviter l'annulation des actes individuels pris sur le fondement du premier acte illégal. Là encore, les effets de ce palliatif sont les mêmes qu'une inopérance des moyens tirés des vices de forme et de procédure, même si la temporalité est différente. En effet, l'invocation d'une exception d'illégalité d'un acte dont la déclaration d'illégalité voit ses effets reportés dans le temps est sans portée. En revanche, cette solution permettrait davantage de rétablir la légalité dans une perspective objective. Mais d'un point de vue subjectif, elle ne permet pas de préserver l'effectivité du droit au recours des administrés. Il faut ainsi se rappeler ces mots de Jean Rivero, extraits de son célèbre article « Le Huron au Palais-Royal » : « la justice est faite pour le justiciable, [...] 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 »²²⁰. Ils nous apprennent notamment qu'il est nécessaire d'assurer un équilibre entre l'objectivité et la subjectivité du contentieux administratif, mais également que l'exigence de légalité administrative sert avant tout la protection des justiciables.

Enfin, il aurait légitimement pu être envisagé d'appliquer la jurisprudence *Danthony*²²¹ à l'exception d'illégalité, en jugeant que seuls les vices de procédure substantiels, c'est-à-dire ceux qui ont influencé le sens de l'acte ou qui concernent une garantie du justiciable, peuvent être invoqués par voie d'exception. Cette « danthonysation » (sic) est soutenue par de nombreux auteurs. Le professeur Denys de Béchillon affirme par exemple que si le Conseil d'État avait « « Danthonysé » l'exception d'illégalité et l'obligation d'abroger les règlements illégaux, [...] il n'y aurait rien eu à dire de son évolution de jurisprudence, sinon pour saluer sa cohérence et son esprit de mesure. Mais c'est ce qu'il n'a pas fait »²²². Le professeur Gweltaz Eveillard rappelle *a fortiori* que la jurisprudence *Danthony* permet bien souvent de ne pas faire droit à la demande des requérants, sans qu'il ne soit nécessaire de rendre l'invocation de tous les vices de forme ou de procédure inopérante. Il soutient à cet égard que dans l'espèce de l'arrêt *CFDT Finances* par

219 CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, n°255886, *rec. Lebon*, p 197, *RFDA*, 2004, p. 454, concl. Devys (C.), *AJDA*, 2004, p. 1183, chron. Landais (C.) et Lenica (F.).

220 Rivero (J.), « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.*, 1962, chron., p. 37.

221 CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n°335033, *ADJA*, 2012, p. 195, chron. Domino (X.) et Bretonneau (A.), *AJDA*, 2012, p. 1609, tribune Seiller (B.), *D.*, 2013, p. 324, obs. Jault-Seseke (F.).

222 De Béchillon (D.), « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires - Contre », art. précité, p. 664.

exemple, l'application de la jurisprudence *Danthony* aurait permis de ne pas faire droit à la demande du requérant²²³. La « danthonisation » (sic) de l'exception d'illégalité est également souhaitée par un certain nombre de parlementaires. Ainsi, par un amendement présenté le 14 novembre 2018 au sujet de la loi de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice²²⁴, des parlementaires proposaient, afin de pallier les effets de l'arrêt *CFDT Finances*, de permettre d'invoquer par voie d'exception les vices de forme et de procédure « dans un délai de quatre ans à compter de la publication de l'acte, que s'ils ont exercé une influence sur le sens de la décision prise ou s'ils ont privé les intéressés d'une garantie »²²⁵. Ils proposaient ainsi de maintenir l'invocation des vices substantiels dans un délai de quatre ans. Cela n'est d'ailleurs pas sans rappeler l'alinéa 3 de l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme qui a réservé des vices de procédure jugés substantiels pouvant être invoqués par voie d'exception au-delà d'un délai de six mois à compter de l'édition de l'acte. Ainsi, et même si la préservation d'une légalité absolue est toujours préférable, la « danthonisation » (sic) de l'exception d'illégalité, revendiquée par une partie de la doctrine comme des parlementaires, aurait constitué une voie intermédiaire permettant d'éviter l'inopérance de l'ensemble des vices de forme et de procédure. Elle démontre surtout que le choix d'une inopérance de tous les vices de forme et de procédure était dispensable.

Par ailleurs, l'application de la jurisprudence *Danthony*, en maintenant la sanction des vices de procédure substantiels, aurait pu répondre à la volonté, affichée par le Conseil d'État, de fondamentalisation de l'exception d'illégalité.

II. Une fondamentalisation symptomatique

L'objectif de l'arrêt *CFDT Finances* était de fondamentaliser l'exception d'illégalité en réservant à la légalité externe un sort particulier (§1). Une telle quête de fondamentalisation au moyen d'une inopérance des vices de forme et de procédure ne pouvait aboutir qu'à un échec, qui apparaît comme un nouveau symptôme de la « crise »²²⁶ du contentieux administratif (§2).

223 Eveillard (G.), « La limitation du contrôle de la légalité externe des actes réglementaires », art. précité, p. 27.

224 Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

225 Amendement n°541 du 14 novembre 2018, loi de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice (n°1396).

226 Morand (C-A.), *Figures de la légalité*, *op. cit.*, p. 1 : dans sa préface, Georges Vedel évoque une « crise de la légalité », qui entraîne une crise du contentieux administratif.

1. Le sort particulier de la légalité externe

Dans ses conclusions sur l'arrêt *CFDT Finances*, le rapporteur public Aurélie Bretonneau développe une théorie des vices transmissibles justifiant l'inopérance des vices de légalité externe (A). Tous les fondements de cette théorie sont réfragables (B).

A. Une théorie des vices transmissibles

L'inopérance des vices de forme et de procédure en matière d'exception d'illégalité repose sur une théorie des vices transmissibles, notamment développée par le rapporteur public Aurélie Bretonneau dans ses conclusions²²⁷ sur l'arrêt *CFDT Finances*. Cette théorie se fonde sur une série d'arguments.

D'abord, la théorie des vices transmissibles présuppose une distinction fondamentale entre le contenu et le contenant de l'acte ou, en d'autres termes, entre le fond et la forme. Le fond concerne la légalité interne de l'acte et, inversement, la forme concerne sa légalité externe. C'est ce qu'affirme le rapporteur public Aurélie Bretonneau lorsqu'elle soutient que « des quatre causes initiales d'ouverture du recours pour excès de pouvoir – incompétence, vice de forme, violation de la loi et détournement de pouvoir – les deux premières ont en commun de toucher à l'édiction de l'acte et non à son contenu »²²⁸. Les vices de légalité externe seraient donc sans rapport avec le contenu de l'acte. Ensuite, la théorie de Mme Aurélie Bretonneau repose sur l'idée que seuls les vices de légalité interne, c'est-à-dire les vices affectant le contenu des actes, sont susceptibles de se transmettre à d'autres actes. À l'inverse, le contenant de l'acte, à savoir sa procédure d'édiction et sa forme, qui n'ont par ailleurs pas d'influence sur le contenu, ne sont pas susceptibles de se transmettre puisque seul le fond est transmissible. En ce sens, la distinction opérée par Mme Aurélie Bretonneau peut être comparée à la théorie des rapports normatifs de Hans Kelsen. Pour ce dernier, les rapports normatifs peuvent être statiques ou dynamiques. Les rapports statiques concernent les rapports entre les contenus des normes hiérarchisées. À l'inverse, les rapports dynamiques concernent les modalités d'édiction des normes, elles-mêmes édictées par les normes qui leur sont supérieures²²⁹. Toutefois, Mme Aurélie Bretonneau parvient à une conclusion différente de celle proposée par Hans Kelsen. Quand ce dernier faisait primer les rapports dynamiques entre normes, c'est-à-dire entre leurs procédures d'édiction, le rapporteur public

227 Concl. Bretonneau (A.) sur l'arrêt *CFDT Finances*, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », *RFDA*, 2018, p. 649.

228 *Ibid.*, p. 656.

229 V. à ce sujet : Troper (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. « Leviathan », 1994, pp. 161-182.

Aurélie Bretonneau soutient que seul le contenu de la norme se transmet, et privilégie ainsi une conception statique des rapports normatifs.

Cette distinction étant établie, Mme Aurélie Bretonneau affirme que l'exception d'illégalité doit concerner exclusivement les vices affectant le fond de l'acte, à savoir les vices de légalité interne, car elle a pour objet principal de sanctionner les illégalités se transmettant entre les actes. Elle signale à cet égard que « pour le Président Odent, [l'exception d'illégalité vise à] éviter l'application indéfinie de dispositions illégales afin de préserver l'ordre public juridique »²³⁰. Elle poursuit en soutenant que « de telles atteintes à l'ordre public juridique nous semblent caractérisées chaque fois que la règle énoncée par l'acte réglementaire est illégale par son contenu et que chaque application que l'administration en ferait serait constitutive d'une nouvelle illégalité »²³¹. Ce raisonnement aboutit à l'idée selon laquelle « l'exception d'illégalité doit donc concerner le contenu et pas l'enveloppe de la règle : la forme et la procédure d'édition. Pas d'atteinte à l'ordre juridique quand seul le contenant est marqué par des irrégularités »²³². La théorie des vices transmissibles résulte ainsi d'un syllogisme simple, voire simpliste : l'exception d'illégalité doit sanctionner les vices transmissibles ; seuls les vices affectant le fond des actes sont transmissibles ; l'exception d'illégalité doit donc sanctionner exclusivement les vices de fond.

Ensuite, Mme Aurélie Bretonneau soutient que les vices de forme et de procédure ne doivent pas pouvoir être soulevés par voie d'exception à l'encontre d'actes dont le délai de recours est écoulé, pour une raison de temporalité principalement. Selon elle, quand ces vices sont invoqués de façon trop tardive, leur existence est difficile à prouver pour les parties et pour le juge. Or, l'exception d'illégalité des actes réglementaire vise, par nature, à sanctionner tardivement des illégalités. Il existerait donc une incompatibilité temporelle entre les vices de légalité externe et l'exception d'illégalité. Mme Aurélie Bretonneau affirme en effet que l'inconvénient de l'exception d'illégalité « tient à la difficulté qu'il y a, longtemps après l'édition d'un acte réglementaire, à déterminer si la procédure en vigueur à la date de sa signature a été, à l'époque, parfaitement respectée »²³³. Selon elle, cette difficulté tient à ce que la démonstration de l'existence d'un vice de forme ou de procédure nécessite des éléments de preuve qu'il est difficile de rapporter des années après l'édition de l'acte. À l'inverse, le raisonnement juridique qu'impliquent les moyens de fond peut, lui, être mené des années après l'édition de l'acte. Le problème de l'appréhension trop tardive des vices de procédure ou de forme justifierait également le refus d'appliquer à l'exception d'illégalité la jurisprudence *Danthony*. En effet, il serait impossible, des années après sa commission, de savoir si un vice de légalité externe était

230 Bretonneau (A.), concl. précitées, p. 656.

231 *Ibid.*

232 *Ibid.*

233 *Ibid.*, p. 652.

substantiel. Il est vrai qu'il est difficile de rechercher, de façon tardive, si un vice de légalité externe a eu une influence sur le sens de la décision administrative. En revanche, le temps n'a pas de prise sur la qualification de garantie pour le justiciable de la règle de procédure violée. La « danthonysation » (sic) de l'exception d'illégalité était donc envisageable en partie.

Également, le rapporteur public Aurélie Bretonneau soutient que la déclaration d'illégalité d'un acte réglementaire fondée sur un vice de forme ou de procédure a une portée platonique car l'administration reste en mesure d'édicter rapidement un nouvel acte identique et s'y substituant. Cette considération repose encore une fois sur l'idée que la forme ne peut influencer le fond. En effet, elle présuppose qu'un second acte, adopté cette fois en respectant les règles de forme et de procédure, possède un contenu identique au premier acte qui les avait pourtant violées. Par ailleurs, elle omet la portée pédagogique d'une déclaration d'illégalité sur l'administration ainsi que la nécessité de rétablir la légalité dans une démarche objective. À cet égard, il semble nécessaire de rappeler que le droit administratif ne se serait jamais développé si les juges s'étaient arrêtés aux conséquences platoniques de leurs décisions.

Enfin et plus généralement, il a été soutenu, notamment par Mattias Guyomar, qu'une distinction doit être opérée entre le contentieux de l'acte et le contentieux des effets de l'acte. Le premier viserait à sanctionner l'ensemble des illégalités d'un acte afin de rétablir la légalité. *A contrario*, le contentieux des effets de l'acte (ou contentieux oblique), qui recouvre l'exception d'illégalité comme la contestation du refus d'abroger, vise à neutraliser les effets de l'acte seulement si son illégalité est de nature à engendrer la commission de nouvelles illégalités. Les vices de légalité externe qui entachent un acte sont donc inopérants en matière d'exception d'illégalité car ils seraient insusceptibles d'engendrer de nouvelles illégalités, en raison de leur caractère non transmissible et de l'absence de contamination du fond de l'acte.

Par le recours à la théorie des vices transmissibles, qui repose une double distinction, d'une part entre le contenu et le contenant de l'acte et d'autre part entre les contentieux de l'acte et les contentieux des effets de l'acte, le Conseil d'État a cherché à fondamentaliser l'exception d'illégalité. Mais il ne faut pas s'y méprendre. Cette fondamentalisation visait avant tout à sécuriser les actes réglementaires en évitant des annulations fondées sur leur forme ou leur procédure d'édiction. Elle a par ailleurs échoué, notamment parce que les fondements de la théorie des vices transmissibles, sur laquelle elle repose, sont tous réfragables.

B. Une théorie réfragable

La fondamentalisation de l'exception d'illégalité a échoué car elle reposait sur des présupposés erronés.

D'une part, elle présuait l'existence d'un cloisonnement entre la forme et le fond des actes, dont le caractère artificiel est acquis de longue date. La théorie des vices substantiels, généralisée par l'arrêt *Danthony*²³⁴ rendu le 23 décembre 2011, en est la meilleure preuve. Elle démontre en effet que des irrégularités peuvent contaminer le fond d'un acte et en altérer la substance. Il est donc curieux de voir le Conseil d'État consacrer un cloisonnement entre le contenu et l'enveloppe des actes, tant il avait lui-même démontré que la distinction entre leur apparence et leur substance est fortement schématique, voire superficielle. Également, il semble incohérent de préserver l'invocabilité du vice d'incompétence tout en rendant les moyens tirés des vices de forme et de procédure inopérants, tant la frontière qui les sépare est ténue. Par exemple, « de jurisprudence bien établie, certains vices de forme ou de procédure deviennent des moyens d'incompétence [...] il en va ainsi lorsqu'une décision doit être adoptée après avis conforme d'un organisme et que celui-ci n'a pas été consulté et également lorsqu'une décision qui ne peut être prise qu'après avis du Conseil d'État n'a pas été précédée de sa consultation ou que les dispositions finalement adoptées diffèrent de celles soumises à son examen »²³⁵. Le cas de la procédure de consultation du Conseil d'État, traditionnellement reconnue comme une règle de compétence, démontre ainsi le caractère artificiel de la frontière entre les vices préservés par le Conseil d'État et ceux devenus inopérants. Il illustre plus généralement le caractère aporétique d'une distinction fondée sur le contenu et l'édiction des actes.

D'autre part, la fondamentalisation de l'exception d'illégalité implique une hiérarchie entre les règles qui s'attachent au fond de l'acte et celles qui s'attachent à sa forme ou à sa procédure d'édiction, les secondes étant considérées comme moins importantes. Les vices de forme et de procédure auraient donc des conséquences moins graves sur la légalité administrative, ce qui justifierait de ne pas les sanctionner quand ils sont invoqués trop tardivement. Pourtant, l'importance de la légalité externe a été démontrée à de nombreuses reprises. L'auteur allemand Rudolf Von Jhering soulignait déjà à la fin du XIX^{ème} siècle que la forme est « l'ennemie jurée de l'arbitraire » et « la sœur jumelle de la liberté »²³⁶. L'État de droit et l'ordre juridique libéral

234 CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n°335033, *ADJA*, 2012, p. 195, chron. Domino (X.) et Bretonneau (A.), *AJDA*, 2012, p. 1609, tribune Seiller (B.), *D.*, 2013, p. 324, obs. Jault-Seseke (F.).

235 Dizier (A.), « Principe de sécurité juridique : le Conseil d'État parachève sa révolution contentieuse et revire sa jurisprudence », *Les Petites Affiches*, n°120, 15 juin 2018, p. 4.

236 Jhering (R.), *L'esprit du droit romain*, Marescq et Ainé, tome III, 3^{ème} édition, 1886-1888, p. 158.

supposent en effet que les autorités administratives agissent selon les formes et les procédures instituées par des normes supérieures. Le respect de ces règles de forme et de procédure est même une condition de leur compétence, la compétence étant une des règles fondamentales de l'ordre juridique. Le professeur Michel Troper a ainsi démontré, en reprenant la distinction opérée par Hans Kelsen, que l'État de droit implique des rapports normatifs hiérarchisés selon une approche à la fois statique et dynamique²³⁷. Ainsi les normes doivent-elles, pour être valides, être édictées selon des procédures et des formes instituées par la norme supérieure autant qu'elles doivent en respecter le contenu. L'indissociabilité des légalités externe et interne est donc un principe fondamental de l'État de droit. L'importance de la légalité externe a également été démontrée eu égard à l'exigence de démocratie administrative. Didier Truchet affirme par exemple que les obligations de consultation des administrés, qui sont des règles de procédure, « sont des sources d'information précieuses pour le public et permettent aux citoyens (et surtout aux associations) de s'exprimer dans un cadre institutionnalisé »²³⁸. Seules des règles de procédure peuvent ainsi permettre au citoyen de participer à l'action administrative. L'absence de sanction des vices de procédure, même invoqués tardivement par voie d'exception d'illégalité, nuit donc à l'objectif de citoyenneté administrative. Enfin, les règles de procédure ont vu leur importance renouvelée du fait de l'apparition, avec la Charte de l'environnement de 2004 introduite dans le bloc de constitutionnalité en 2005²³⁹, d'exigences constitutionnelles de participation²⁴⁰ ou de concertation.

Pour justifier la relégation des vices de forme et de procédure en matière d'exception d'illégalité, le rapporteur public Aurélie Bretonneau a finalement eu recours à une comparaison avec l'exception d'inconstitutionnalité en vantant « les mérites d'une QPC centrée sur les seules inconstitutionnalités de fond »²⁴¹. Il faut admettre que la question prioritaire de constitutionnalité, dont l'efficacité est soulignée quasiment unanimement par la doctrine, ne peut concerner la forme ou la procédure d'adoption d'une loi. En revanche, il semble difficilement concevable de comparer l'exception d'illégalité et l'exception d'inconstitutionnalité, voire d'identifier leurs régimes. En effet, leur développement historique est inverse. La contestation de la constitutionnalité de la loi par voie d'exception est une possibilité offerte depuis 2010²⁴². Elle vise à trouver un équilibre entre la souveraineté parlementaire et l'exigence de démocratie constitutionnelle. Cela justifie une possibilité de contestation partielle, limitée aux seules

237 Troper (M.), *op. cit.*, pp. 161-182.

238 Truchet (D.), *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis droit », 6^{ème} édition, 2015, p. 131.

239 Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.

240 Art. 7 de la Charte de l'environnement : « toute personne a le droit dans les conditions et limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ».

241 Bretonneau (A.), *concl. précitées*, p. 655.

242 Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

inconstitutionnalités de fond. *A contrario*, l'exception d'illégalité des actes administratifs est ouverte au moins depuis le début du XX^{ème} siècle²⁴³ et suit un mouvement de restriction, d'abord sectorielle, puis généralisée par l'arrêt *CFDT Finances*. Ces logiques d'évolution différentes rendent donc la comparaison entre l'exception d'illégalité et la question prioritaire de constitutionnalité impossible.

Tous les arguments invoqués à l'appui d'une fondamentalisation de l'exception d'illégalité peuvent donc être renversés, ne serait-ce parce qu'elle a pris la forme d'une relégation de certains vices de légalité externe dont l'influence sur le fond des actes est historiquement acquise. Une véritable fondamentalisation de l'exception d'illégalité, et du contentieux administratif plus généralement, reste toutefois possible. Mais cela supposerait un travail bien plus complexe qui commencerait par une « déflation normative »²⁴⁴ visant à ne conserver que les règles de forme et de procédure de nature à améliorer la qualité des normes, à protéger les droits des administrés, à influencer le sens des décisions ou encore à favoriser la citoyenneté administrative. Plutôt que de s'y atteler, le Conseil d'État a opté pour une inopérance généralisée des vices de forme et de procédure invoqués tardivement par voie d'exception. Il fait ainsi le choix de ne pas sanctionner des illégalités, plutôt que d'interroger la nécessité des règles violées. Cela entretient à la fois une confusion pour le citoyen et une perte de crédibilité pour la juridiction administrative. Ces « dérèglements normatifs »²⁴⁵ dépassent d'ailleurs le simple cadre de l'exception d'illégalité. En somme, l'échec de la fondamentalisation de l'exception d'illégalité n'est qu'un symptôme de la crise du contentieux administratif.

2. Un symptôme de la « crise »²⁴⁶ du contentieux administratif

Le sort contemporain de l'exception d'illégalité est représentatif de l'évolution du contentieux administratif dans son ensemble, en ce qu'il se définit à la fois par une limitation de l'accès au juge (A) et par une réduction de l'office du juge (B).

A. Une limitation de l'accès au juge

Dans sa préface de l'ouvrage intitulé *Figures de la légalité* et publié en 1992, Georges Vedel évoquait une « crise »²⁴⁷ de la légalité et du contentieux administratif. Elle serait marquée par une

243 CE, 29 mai 1908, *Sieur Poulin*, n°25488, *rec. Lebon*, p. 580, *D.*, 1910, p. 3.

244 Seiller (B.), « Les validations préétablies, stade ultime du dérèglement normatif », art. précité, p. 2390.

245 *Ibid.*, p. 2384.

246 Morand (C-A.), *Figures de la légalité*, *op. cit.*, p. 1 : dans sa préface, Georges Vedel évoque une « crise de la légalité », qui entraîne une crise du contentieux administratif.

remise en cause trop fréquente des actes administratifs et justifierait ainsi une restriction de l'accès à la juridiction administrative. Un accès au juge rendu plus contraignant rendrait inexorablement la remise en cause des décisions administratives moins fréquente. En réalité, ce lien de causalité n'est pas systématique. Il peut même se révéler inexact. Pourtant, la limitation de l'accès à la juridiction administrative semble être la voie de sécurisation des actes administratifs la plus fréquemment empruntée. Le choix de l'inopérance des vices de forme et de procédure invoqués par voie d'exception à l'encontre des actes réglementaires en est la meilleure illustration et ce, à plusieurs titres.

Il pourrait d'abord être objecté que la règle issue de l'arrêt *CFDT Finances* n'a pas pour objet de limiter l'accès à la juridiction administrative car elle ne concerne que l'étendue des moyens qui peuvent être invoqués à l'appui d'un recours. Les possibilités de former un recours ne seraient donc pas modifiées. Toutefois, la réduction des moyens qui peuvent être invoqués à l'appui d'une demande limite nécessairement l'intérêt à exercer un recours. Le requérant rationnel s'interroge en effet sur les moyens de faire aboutir sa demande avant même d'exercer le recours dont il cherche à évaluer les chances de succès. Par ailleurs, cette limitation est discriminatoire en ce qu'elle favorise les requérants qui contestent un acte dont le fondement réglementaire est entaché par un vice de fond ou par une incompétence. Un requérant peut ainsi être placé dans une situation de discrimination en fonction des vices de l'acte dont il excipe de l'illégalité alors même que ces vices résultent de l'action de l'administration et sont extérieurs à sa volonté.

Ensuite, il est très contraignant de limiter à un délai de deux mois l'invocabilité des vices de forme et de procédure d'un acte. Aussi, ce choix s'est attiré les foudres de la doctrine pour plusieurs raisons. C'est d'abord le caractère platonique du délai de deux mois qui a été signalé. Les auteurs ont en effet relevé à juste titre que, très souvent, les requérants n'ont connaissance de l'existence d'un acte réglementaire qu'une fois que ses dispositions leur sont appliquées par l'intermédiaire d'actes individuels. Or, ces actes d'application interviennent dans la plupart des cas plus de deux mois après la publication de l'acte réglementaire sur le fondement duquel ils sont édictés. Par conséquent, un acte réglementaire n'est quasiment jamais contesté avant l'expiration du délai de deux mois. Cela rend l'inopérance des vices de forme et de procédure ou presque. Le professeur Pierre Delvolvé affirme en ce sens que « les intéressés ne se rendent compte le plus souvent de l'existence d'un acte réglementaire que lorsqu'il leur est appliqué ; c'est seulement alors qu'ils peuvent examiner sa légalité, dans tous ses éléments, externes comme internes »²⁴⁸. Pour sa part, le professeur Paul Cassia soutient que la solution de l'arrêt *CFDT Finances* « est d'autant plus

247 Morand (C-A.), *Figures de la légalité, op. cit.*, p 1.

248 Delvolvé (P.), « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires - Des arguments pour ? », *RFDA*, 2018, p. 665.

inique que, le plus souvent, le requérant qui conteste un acte réglementaire par la voie de l'exception, à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte individuel, n'aurait pas eu intérêt et qualité pour agir directement contre cet acte réglementaire, dans les deux mois suivant sa publication»²⁴⁹. Cette critique est notamment valable s'agissant des requérants individuels qui ne lisent pas régulièrement les recueils de publication des actes administratifs. Elle est moins vraie s'agissant des requérants institutionnels comme les entreprises ou les associations. Deux remarques doivent être faites à ce sujet. D'une part, l'arrêt *CFDT Finances* crée une situation discriminatoire entre les requérants individuels, qui ignorent la publication des actes réglementaires, et les requérants institutionnels, qui sont mis au courant de l'édiction des actes réglementaires les concernant et qui peuvent ainsi les contester par voie d'action dans un délai de deux mois en soulevant des vices de légalité interne comme externe. D'autre part, elle peut conduire à des effets pervers puisqu'elle incite les requérants institutionnels à contester par voie d'action les actes réglementaires qui les concernent pour se prémunir de l'inopérance des vices de forme et de procédure invoqués tardivement par la voie de l'exception. Dès lors, la portée de l'arrêt *CFDT Finances* pourrait favoriser l'instabilité des actes réglementaires qu'elle cherchait à combattre. Elle pourrait alors produire l'effet inverse à celui escompté. Cet effet pervers démontre par ailleurs que le lien de causalité entre la limitation de l'accès au juge et la stabilité des actes administratifs n'est pas toujours opérant.

L'inopérance des moyens tirés des vices de forme et de procédure invoqués tardivement par voie d'exception s'ajoute donc à de nombreux autres procédés, d'ordre jurisprudentiel ou législatif, de limitation de l'accès à la juridiction administrative. S'agissant des procédés jurisprudentiels, l'arrêt *Czabaj*²⁵⁰ rendu le 13 juillet 2016 peut être cité en ce qu'il crée de façon purement prétorienne un délai raisonnable d'un an au-delà duquel un acte administratif ne peut plus être contesté, même lorsque les voies et délais de recours n'ont pas été notifiés ou ont été mal notifiés à ses destinataires. S'agissant des procédés législatifs, l'article 54 de la récente loi pour un État au service d'une société de confiance (ESSOC)²⁵¹, du 10 août 2018, peut être évoqué. Il prévoit l'expérimentation d'une nouvelle procédure de demande en appréciation de régularité, qui consiste, pour l'auteur d'un acte administratif non réglementaire ou son destinataire, à saisir le juge administratif afin qu'il se prononce sur la régularité de l'acte. Si le juge ne constate pas de vice de forme ou de procédure, l'acte se voit décerner un véritable « brevet de régularité »²⁵² en ce que son irrégularité ne pourra plus être soulevée par un requérant. Cette nouvelle procédure vise

249 Cassia (P.), « Le Conseil d'État abîme les principes de légalité et de sécurité juridique », art. précité.

250 CE, Ass., 13 juillet 2016, *Czabaj*, n°387763, *rec. Lebon*, p. 340, *RFDA*, 2016, p. 927, concl. Henrard (O.), *AJDA*, 2016, p. 1769, chron. Dutheillet de Lamothe (L.) et Odinet (G.).

251 Loi n°2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance, art. 54.

252 Chevalier (J-B.), « La demande en appréciation de régularité : un nouveau mécanisme de sécurisation contentieuse », *Le blog droit administratif*, 21 août 2018.

notamment à sécuriser les actes en amont des procédures juridictionnelles classiques. Les auteurs de ce dispositif ne s'en cachent pas. L'étude d'impact de la loi qui l'institue exprime par exemple qu'il permettra de « sécuriser la situation des administrés et des administrations, dont les décisions ne seront plus exposées à des risques de censures tardives à raisons d'illégalités externes, et ainsi d'apporter plus de sécurité juridique notamment en présence de projets nécessitant des décisions successives »²⁵³. La demande en appréciation de régularité vise notamment à sécuriser les actes dont l'illégalité pourrait être invoquée tardivement par voie d'exception. L'article 54 de la loi précitée dispose ainsi que cette nouvelle procédure s'appliquera aux « décisions [...] dont l'éventuelle illégalité pourrait être invoquée, alors même que ces décisions seraient devenues définitives, à l'appui de conclusions dirigées contre un acte ultérieur »²⁵⁴. Les opérations complexes qui permettent une opérance extensive de l'exception d'illégalité sont particulièrement visées. L'avis du Conseil d'État relatif à la loi précitée affirme par exemple que la demande en appréciation de régularité vise les projets de grande ampleur « dont la légalité peut être remise en cause à l'occasion de contentieux dirigés contre les décisions ultérieures »²⁵⁵. Toutefois, comme le relève Jean-Baptiste Chevalier, « ces objectifs, et l'impératif de sécurité juridique qui les sous-tend, pourraient être louables, s'ils ne conduisaient pas, inexorablement, à restreindre le droit au recours des administrés »²⁵⁶.

La limitation de l'accès au juge en matière d'exception d'illégalité n'est donc pas isolée. Elle est même représentative de l'évolution générale du contentieux administratif. Elle l'est d'autant plus qu'elle illustre également le mouvement général de réduction de l'office du juge administratif.

B. Une réduction de l'office du juge

L'histoire du droit administratif au XX^{ème} siècle est celle d'un élargissement de l'office du juge administratif, visant à mieux protéger les droits des administrés face aux pouvoirs exorbitants de l'administration.

Cet élargissement a d'abord concerné l'étendue des actes qui peuvent faire l'objet d'une contestation devant la juridiction administrative. Le champ des mesures d'ordre intérieur s'est par

253 Étude d'impact du projet de loi pour un État au service d'une société de confiance, 27 novembre 2017, NOR : CPAX1730519L, art. 31, 2^o.

254 Loi n°2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance, art. 54, I^o, alinéa 2.

255 Avis du CE sur le projet de loi pour un État au service d'une société de confiance, 23 novembre 2017, NOR : CPAX1730519L, §69.

256 Chevalier (J-B.), art. précité.

exemple considérablement restreint sous l'effet des arrêts *Hardouin*²⁵⁷ ou *Planchenault et Boussouar*²⁵⁸. Il en va de même s'agissant des actes de gouvernement. Contrairement à sa jurisprudence ancienne, le Conseil d'État a par exemple accepté, en 2003, de contrôler la régularité et la sincérité d'une consultation dans le cadre d'un référendum local²⁵⁹. Également, le Conseil d'État a étendu son contrôle aux circulaires de nature impérative, par un arrêt *Duvignières*²⁶⁰, rendu le 18 décembre 2002, et aux actes de droit souple de nature à produire des effets notables ou à influencer sur le comportement de leurs destinataires, par les arrêts *Fairvesta*²⁶¹ et *Numericable*²⁶², rendus le 21 mars 2016.

L'élargissement de l'office de la juridiction administrative au XX^{ème} siècle a également concerné l'intensité de son contrôle. À ce sujet, l'apparition d'un contrôle de l'erreur manifeste dans l'appréciation juridique des faits par une autorité administrative en situation de compétence discrétionnaire est probante. Elle relève bien d'un élargissement car les actes administratifs pris dans des domaines de compétence discrétionnaire échappaient traditionnellement à un contrôle de l'appréciation des faits. La juridiction administrative a ensuite étendu le champ des normes de référence de son contrôle, notamment en acceptant d'effectuer un contrôle de conventionnalité des lois par un arrêt *Nicolo*²⁶³ rendu le 20 octobre 1989. Enfin, l'effectivité des décisions du juge administratif a connu un renforcement à la fin du XX^{ème} siècle, sous l'effet de la loi du 8 février 1995²⁶⁴. Cette dernière crée les articles L. 911-1 et L. 911-2 du Code de justice administrative, qui permettent au juge administratif d'enjoindre à l'administration de prendre une mesure d'exécution dans un sens déterminé ou de prendre une décision après une nouvelle instruction. Une telle évolution doit toutefois être nuancée tant le juge administratif a développé des pouvoirs

257 CE, Ass., 17 février 1995, *Hardouin*, n°97754, *rec. Lebon*, p. 82, concl. Frydman (P.), *GAJA*, 21^{ème} édition, 2017, n°90, p. 639 : eu égard à la nature liberticide et à la gravité des punitions de cellule, ces sanctions « une décision faisant grief susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir ».

258 CE, Ass., 14 décembre 2007, *Planchenault et Boussouar*, *rec. Lebon*, p. 474 et 495, concl. Guyomar : eu égard à la nature et à l'importance de ses effets sur la situation des détenus, un changement d'affectation d'un détenu d'un établissement pénitentiaire à un autre constitue un acte administratif susceptible de recours pour excès de pouvoir.

259 CE, 4 décembre 2003, *Feler*, n°262009, *rec. Lebon*, p. 491, RFDA, 2004, p. 549, note Thiellay (J-P.), *AJDA*, 2004, p. 594, note Verpeaux (M.).

260 CE, Sect., 18 décembre 2002, *Duvignières*, n°233618, *rec. Lebon*, p. 463, concl. Fombeur (P.), *GAJA*, 21^{ème} édition, 2017, n°103, p. 776.

261 CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta international GmbH*, n°368082, *rec. Lebon*, p. 77, RFDA, 2016, p. 497, concl. Von Coester (S.).

262 CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, n°390023, *rec. Lebon*, p. 89, RFDA, 2016, p. 506, concl. Daumas (V.).

263 CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n°108243, *rec. Lebon*, p. 190, concl. Frydman, *GAJA*, 21^{ème} édition, 2017, n°86, p. 602.

264 Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

d'injonction, donnant lieu à des injonctions prétorienne²⁶⁵, antérieurement à la loi du 8 février 1995.

L'ensemble de ces évolutions répondait notamment aux critiques exprimées par Jean Rivero dans son fameux article « Le Huron au Palais-Royal »²⁶⁶, lorsqu'il fustigeait l'effet platonique des décisions du juge administratif sur l'action de l'administration et sur les droits des administrés. Elles ont fait du juge administratif un véritable gardien des droits et libertés, au point de scléroser l'action de l'administration. La rationalité du juge a ainsi pris le pas sur la souveraineté de l'administration agissant dans un cadre toujours plus restreint. En vue de rétablir un équilibre jugé perdu, l'évolution de l'office du juge administratif s'est alors inversée. L'histoire des temps récents est celle d'une restriction des pouvoirs du juge, sous couvert d'une fondamentalisation de son action. La rationalité juridique cède aujourd'hui le pas face à l'exigence d'autonomie administrative.

L'évolution de l'exception d'illégalité est emblématique de cette évolution consistant à réduire l'office du juge administratif. En limitant les moyens pouvant être invoqués par la voie de l'exception, le juge restreint lui-même les voies dont il dispose pour sanctionner l'action administrative lorsqu'elle outrepassé le cadre juridique qui lui a été assigné. Cette restriction ne pourrait relever que de l'anecdote, si elle ne s'insérait pas dans un flot de décisions visant à restreindre l'office du juge. Par ce mouvement, le juge administratif ébranle lui-même sa raison d'être, à l'heure où l'autonomie et l'existence d'une juridiction administrative sont remises en cause²⁶⁷. Cette dernière a en effet acquis sa légitimité en renforçant ses pouvoirs, faisant de son efficacité le critère de sa légitimité. Aujourd'hui elle remet en cause cette efficacité, notamment en refusant de statuer sur les moyens tirés d'un vice de forme ou de procédure et invoqués tardivement à l'encontre d'un acte réglementaire. Par conséquent, elle affaiblit sa légitimité et son autonomie. Elle nie la raison de son existence dans une démarche qui relève d'une lente reddition.

265 V. à ce sujet : Broyelle (C.), « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », *Droit administratif*, 2004, étude 6, pp. 8-14 ; Broyelle (C.), « Le pouvoir d'injonction du juge administratif, la loi du 8 février 1995, vingt ans après : introduction générale », *RFDA*, 2015, pp. 441-443.

266 Rivero (J.), « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », art. précité, p. 37.

267 Louvel (B.), « Pour l'unité de juridiction », Tribune, site de la Cour de cassation, 25 juillet 2017.

Si la nature de la portée de l'arrêt *CFDT Finances* pouvait sembler équivoque – entre simple « aboutissement » ou véritable « révolution »²⁶⁸ –, elle est, à ce stade, clarifiée. Elle dépend en réalité de l'échelle de l'étude. À une échelle réduite au seul régime de l'exception d'illégalité, elle relève, à rebours de la thèse de Mme Aurélie Bretonneau²⁶⁹, d'une véritable révolution. Elle a en effet organisé une déconstruction du régime de l'exception d'illégalité, dans une démarche de restriction généralisée faisant fi des particularités sectorielles. Surtout, ce mouvement s'est produit en contradiction avec l'évolution récente de l'exception d'illégalité et l'apparition de son régime spécial, dont les traits ont été progressivement façonnés par l'exigence contemporaine de stabilité de l'action administrative. Une telle révolution, qui a ébranlé l'exception d'illégalité des actes administratifs, illustre les propos de Jean Rivero qui soutenait que lorsque le juge s'éloigne de son rôle de « faiseur de système »²⁷⁰ pour s'intéresser aux « seules réalités concrètes »²⁷¹, il n'y a plus de place pour la « stabilité des catégories juridiques »²⁷². En revanche, à l'échelle du contentieux administratif dans son ensemble, le sort contemporain de l'exception d'illégalité relève bien d'un aboutissement en ce qu'il témoigne du mouvement général de limitation de l'accès au juge et de réduction de l'office du juge. Toutefois, ces deux mouvements – de « révolution » et d'« aboutissement »²⁷³ – qui semblent inverses en apparence, se rejoignent en une seule et même réalité : le sort récent de l'exception d'illégalité et les tendances contemporaines du contentieux administratif, dans lesquelles il s'inscrit, sont les symptômes d'une contre-révolution. L'extension du contrôle juridictionnel de l'administration avait en effet les caractères d'une révolution – la juridiction administrative ayant été instituée en tant qu'outil de pouvoir – que les choix récents du Conseil d'État ont pour objet, ou au moins pour effet, d'annihiler.

268 Concl. Bretonneau (A.) sur l'arrêt *CFDT Finances*, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », *RFDA*, 2018, p. 655.

269 *Ibid.*, p. 655 : « pour notre part, cette réflexion nous conduit à penser que le pas supplémentaire à franchir tient de l'aboutissement plus que de la révolution ».

270 Rivero (J.), « Apologie pour les « faiseurs de systèmes » », *D.*, 1951, chron. XXIII, pp. 99-102.

271 *Ibid.*, p. 100.

272 *Ibid.*, p. 101.

273 Bretonneau (A.), concl. précitées, p. 655.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

Auby (J.-M.), Drago (R.), *Traité de contentieux administratif*, Tome I, 3^{ème} édition, LGDJ, 1984, 1014 p.

Broyelle (C.), *Contentieux administratif*, LGDJ, coll. « Manuel », 6^{ème} édition, 2018-2019, 514 p.

Chapus (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. « Précis Domat droit public », 13^{ème} édition, 2008, 1540 p.

Odent (R.), *Contentieux administratif*, Tome I, Dalloz, 2007, 1051 p.

Seiller (B.), *Droit administratif*, Tomes I, Flammarion, coll. « Champs université », 7^{ème} édition, Paris, 2018, 353 p.

Truchet (D.), *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis droit », 6^{ème} édition, 2015, 461 p.

II. OUVRAGES SPÉCIALISÉS

1. Monographies

Jhering (R.), *L'esprit du droit romain*, Marescq et Ainé, tome III, 3^{ème} édition, 1886-1888, 372 p.

Morand (C.-A.), *Figures de la légalité*, Publisud éditions, coll. « Droit public », 1992, 203 p.

Troper (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. « Leviathan », 1994, 358 p.

2. Recueil de décisions

Bonichot (J.-C.), Cassia (P.), Poujade (B.), *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 6^{ème} édition, 2018, 1516 p.

Braibant (G.), Delvolvé (P.), Genevois (B.), Long (M.), Weil (P.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 21^{ème} édition, 2017, 1018 p.

III. THÈSES

Seiller (B.), *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, Thèse, Paris, 1995, 780 p.

IV. ARTICLES DE DOCTRINE

1. *Articles consacrés à l'exception d'illégalité*

Billet (P.), « De la distension des liens entre document d'urbanisme et déclaration d'utilité publique », *JCP A*, n° 20, 16 mai 2005, p. 1212.

Billet (P.), « De l'obligation de refuser d'appliquer un document d'urbanisme illégal », *JCP A*, n° 26, 27 Juin 2005, p. 1253.

Brenet (F.), « L'exception d'illégalité et les autorisations d'urbanisme : des conditions nouvelles au service de la sécurité juridique », *Hebdo édition publique : urbanisme*, n°56, 6 mars 2008.

Bretonneau (A.), Lessi (J.), « Exception d'illégalité et annulation par voie de conséquence : la théorie du domino », *AJDA*, 2014, p. 222.

Clamour (G.), Coutron (L.), « L'exception d'illégalité devant le juge judiciaire », *RDP*, 2012, p. 853.

Hostiou (R.), « Prorogation de la DUP, opération complexe et exception d'illégalité », *RDI*, 2018, p. 589.

Labouysse (D.), « L'exception d'illégalité de la règle d'urbanisme locale », *Construction – Urbanisme*, n° 7, Juillet 2015, étude 10.

Liet-veaux (G.), « Des dangers de l'exception d'illégalité, ou de l'interdiction de ne rien faire qui ne soit autorisé par la loi », in *Mélanges Georges Péquignot*, tome II, mai 1984, p. 435.

Moritz (M.), « Les effets limités de l'exception d'illégalité d'un document d'urbanisme dans le contentieux des refus de permis de construire », *JCP A*, n°13, 28 mars 2011, p. 2123.

Seiller (B.), « L'appréciation de la légalité d'actes administratifs par les tribunaux judiciaires non répressifs », *RFDA*, 2011, p. 1129.

Seiller (B.), « Les effets de la déclaration d'illégalité sur l'ordonnancement juridique », *RFDA*, 2014, p. 721.

Vénézia (J-C.), « Les mesures d'application », in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 673.

2. *Autres articles*

Auby (J-B.), « La loi du 9 février 1994 et le contentieux de l'urbanisme », *RFDA*, 1995, p. 25.

Broyelle (C.), « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », *Droit administratif*, 2004, étude 6, p. 8.

Broyelle (C.), « Le pouvoir d'injonction du juge administratif, la loi du 8 février 1995, vingt ans après : introduction générale », *RFDA*, 2015, p. 441.

Chaltiel (F.), « Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité », *AJDA*, 2009, p. 1650.

Chenot (B.), « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *Études et documents*, 1950, p. 77.

Chevalier (J-B.), « La demande en appréciation de régularité : un nouveau mécanisme de sécurisation contentieuse », *Le blog droit administratif*, 21 août 2018.

Debouy (C.), « Vingt ans de réformes depuis la loi Bosson : construction d'un contentieux administratif spécial de l'urbanisme ? », *JCP A*, n°29, 21 juillet 2014, p. 2233.

Douteaud (V-S.), « Pour une clarification de la distinction entre moyens inopérants et moyens irrecevables en contentieux administratif », *RFDA*, 2016, p. 697.

Dutheillet de Lamothe (L.), Odinet (G.), « exciper d'une nomination illégale », *AJDA*, 2017, p. 517.

Labetoulle (D.), « Droit du contentieux de l'urbanisme et droit du contentieux administratif », *in Gouverner, administrer, juger, Mélanges Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 629.

Labetoulle (D.), « Principe de légalité et principe de sécurité », *in L'État de droit, Mélanges Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 403.

Long (M.), « L'audit du droit de l'urbanisme : du rapport du Conseil d'État au projet de loi portant réforme du code de l'urbanisme », *RFDA*, 1993, p. 221.

Louvel (B.), « Pour l'unité de juridiction », *Tribune*, site de la Cour de cassation, 25 juillet 2017.

Rivero (J.), « Apologie pour les « faiseurs de systèmes » », *D.*, 1951, chron. XXIII, p. 99.

Rivero (J.), « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.*, 1962, chron., p. 37.

Seiller (B.), « Les validations préétablies, stade ultime du dérèglement normatif », *AJDA*, 2005, p. 2384.

V. JURISPRUDENCE

1. Convention européenne des droits de l'homme

CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski c. France*, n°24846/94, *AJDA*, 2000, p. 526, chron. Flauss (J-F.).

CEDH, 26 avr. 2011, *Di Marco c/ Italie*, n° 32521/05, *D.*, 2011, p. 2298, *RDI*, 2011, p. 387.

2. Conseil d'État

CE, 29 mai 1908, *Sieur Poulin*, n°25488, *rec. Lebon*, p. 580, *D.*, 1910, p. 3.

CE, Sect., 10 février 1950, *Sieur Gicquel*, n°1743, *rec. Lebon*, p. 100.

CE, Sect., 29 juin 1951, *Lavandier*, *rec. Lebon*, p. 339, *AJDA*, 1955, p. 288.

CE, Sect., 20 février 1953, *Société Intercopie*, n°9772, *rec. Lebon*, p. 88, *GACA*, 6^{ème} édition, 2018, n°51, p. 1044.

CE, Sect., 14 novembre 1958, *Ponard*, n°35399, *rec. Lebon*, p. 554.

CE, Sect., 8 janvier 1960, *Laiterie Saint-Cyprien*, n°39760, *rec. Lebon*, p. 10.

CE, Sect., 10 février 1967, *Société des établissements Petitjean et autres*, n°59125, *rec. Lebon*, p. 63, *AJDA*, 1967, p. 267, chron. Lecat (J-P.) et Massot (J.).

CE, 13 octobre 1967, *SCI La Méditerranée*, n°58575, *rec. Lebon*, p. 675.

CE, 23 mars 1979, *Valentini*, n°07654, *rec. Lebon*, p. 133, *AJDA*, 1979, p. 55.

CE, 25 juillet 1980, *Ministre de l'environnement et du cadre de vie*, n°20100, *rec. Lebon*, p. 318.

CE, 23 avril 1982, *Chantebout*, n°20972, *rec. Lebon*, p. 158.

CE, 17 décembre 1982, *Société Angelica-Optique Centraix et autres*, n°35554, *rec. Lebon*, p. 419.

CE, 12 décembre 1986, *Société Gepro*, n°54701, *Juris-Data*, n°1986-645870, *AJDA*, 1987, p. 275, concl. Vigouroux.

CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n°108243, *rec. Lebon*, p. 190, concl. Frydman, *GAJA*, 21^{ème} édition, 2017, n°86, p. 602.

CE, Sect., 8 juin 1990, *Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais (Assaupamar)*, n°93191, *rec. Lebon*, p. 149, *RFDA*, 1991, p. 149, concl. Toutée (H.), *AJDA*, 1990, p. 701, chron. Honorat (E.) et Schwartz (R.).

CE, 24 janvier 1992, *Association des centres distributeurs Edouard Leclerc*, n°68122, *rec. Lebon*, p. 39, *AJDA*, 1992, p. 379, chron. Maugüe (C.) et Schwartz (R.), *RFDA*, 1992, p. 499, concl. Hubert (P.).

CE, 24 janvier 1992, *Sieur Avézard*, n°106, *rec. Lebon*, p. 44.

CE, 9 février 1994, *Malfatto*, n°118645, *Juris-Data*, n°1994-043538, *rec. Lebon*, p. 1231.

CE, Ass., 17 février 1995, *Hardouin*, n°97754, *rec. Lebon*, p. 82, concl. Frydman (P.), *GAJA*, 21^{ème} édition, 2017, n°90, p. 639.

CE, 11 juin 1997, *époux Weiss*, n°160363, *Juris-Data*, n°1997-050279, *rec. Lebon*, p. 226.

CE, 28 juillet 1999, *Mme Ricard*, *rec. Lebon*, p. 271, *BJDU*, 1999, p. 382 : concl. Bonichot (J-C.), « Annulation du permis de construire accordé au vu d'une modification illégale du POS ayant pour seul objet de rendre possible l'opération litigieuse », *rec. Lebon*, p. 271.

CE, 13 novembre 2002, *SA Foncière Paris Neuilly*, n°185637, *rec. Lebon*, p. 393.

CE, Sect., 18 décembre 2002, *Duvignières*, n°233618, *rec. Lebon*, p. 463, concl. Fombeur (P.), *GAJA*, 21^{ème} édition, 2017, n°103, p. 776.

CE, 4 décembre 2003, *Feler*, n°262009, *rec. Lebon*, p. 491, *RFDA*, 2004, p. 549, note Thiellay (J-P.), *AJDA*, 2004, p. 594, note Verpeaux (M.).

CE, 2 février 2004, *Association des Cinq Cantons La Barre et Association Pays Basque Écologie*, n°215763, *Juris-Data*, n° 2004-066404.

CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, n°255886, *rec. Lebon*, p. 197, *RFDA*, 2004, p. 454, concl. Devys (C.), *AJDA*, 2004, p. 1183, chron. Landais (C.) et Lenica (F.).

CE, Sect., 25 février 2005, *Association Préservons l'avenir à Ours Mons Taulbac et autre*, n°248060, *AJDA*, 2005, p. 1224, chron. Landais (C.) et Lenica (F.), *RDI*, 2005, p. 273, obs. Donnat (F.).

CE, Avis, 9 mai 2005, *Marangio*, n°277280, *rec. Lebon*, p. 195, *RFDA*, 2005, p. 1024, concl. Glaser (E.), *JCP A*, 2005, p. 1253, note Billet (P.).

CE, Ass., 24 mars 2006, *KPMG*, n°288460, *rec. Lebon*, p. 154, *RFDA*, 2006, p. 463, concl. Aguila (Y.), *AJDA*, 2006, p. 1028, chron. Landais (C.) et Lenica (F.).

CE, Ass., 14 décembre 2007, *Planchenault et Boussouar*, n°290730, *rec. Lebon*, p. 474 et 495, concl. Guyomar.

CE, 7 février 2008, *Commune de Courbevoie*, n°297227, *rec. Lebon*, p. 41, *BJDU*, 2009, p. 2, *RDI*, 2008, p. 240 : Courrèges (A.), « Sort d'un permis de construire délivré sous l'empire d'un document d'urbanisme illégal », *rec. Lebon*, p. 41 ; Soler-Couteaux (P.), « L'arrêt Commune de Courbevoie : une occasion manquée ? », *RDI*, 2008, p. 240.

CE, 29 avril 2009, *Commune de Manžat*, n°293896, *BJDU*, n°2/2009, p. 151, *RDI*, 2009, p. 420, *AJDA*, 2009, p. 911, *JCP A*, 2009, p. 2231, obs. Billet (P.).

CE, 15 décembre 2010, *M. et Mme Casado*, n°331671, *Juris-Data*, n° 2010-024331, *JCP A*, 2011, act. 36, *AJDA*, 2010, p. 2459, *RDI*, 2011, p. 121, obs. Soler-Couteaux (P.).

CE, Sect., 11 juillet 2011, *Société d'équipement du département de Maine-et-Loire Sodemel et ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration (SODEMEL)*, n°320735, 320854, *rec. Lebon*, p. 346 : Foulquier (M.), « Pas d'exception d'illégalité de la concession d'aménagement au soutien de la contestation de la déclaration d'utilité publique », *AJDA*, 2012, p. 449.

CE, 10 octobre 2011, *Commune de Ramatuelle*, n°329623, *rec. Lebon*, p. 624, *RDI*, 2011, p. 639.

CE, 14 octobre 2011, *Société Ocreal*, n°323257, *rec. Lebon*, p. 1108, *AJDA*, 2012, p. 275, note Lahorgue (M-B.).

CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n°335033, *ADJA*, 2012, p. 195, chron. Domino (X.) et Bretonneau (A.), *AJDA*, 2012, p. 1609, tribune Seiller (B.), *D.*, 2013, p. 324, obs. Jault-Seseke (F.).

CE, 30 décembre 2011, n°324310, *RDI*, 2012, p. 180.

CE, 20 mars 2013, *Société d'aménagement de Lot-et-Garonne et syndicat mixte de développement économique du marmandais*, n°351101, *rec. Lebon*, p 789.

CE, Avis, Sect., 30 décembre 2013, *Okosun*, n° 367615, *rec. Lebon*, p 343, *AJDA*, 2014, p. 222, chron. Bretonneau (A.) et Lessi (J.), *RFDA*, 2014, p. 76, concl. Domino (X.) : Seiller (B.), « L'inopérance de l'exception d'illégalité n'exclut pas l'annulation par voie de conséquence », *Gazette du Palais*, n°53, 22 février 2014 ; Roma (G.), « Exception d'illégalité et annulation par voie de conséquence : où passe la frontière ? », *Revue générale du droit on line*, 11 mars 2014, n°15256.

CE, Sect., 28 avril 2014, *Anchling et autres*, n°357090, *rec. Lebon*, p. 97.

CE, 5 novembre 2014, *SCA Château de l'Arc et autres*, n°362021, *rec. Lebon*, p. 819, *AJDA*, 2015, p. 650, note Pittard (Y.), *RDI*, 2015, p. 39, obs. Soler-Couteaux (P.).

CE, 23 décembre 2014, *Commune de Laffrey*, n°368098, *rec. Lebon*, p. 818, *AJDA*, 2015, p. 650, note Pittard (Y.), *RDI*, 2015, p. 92, obs. Soler-Couteaux (P.).

CE, 29 avril 2015, *SAS Clinique d'Occitanie*, n°387773.

CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta international GmbH*, n°368082, *rec. Lebon*, p. 77, *RFDA*, 2016, p. 497, concl. Von Coester (S.).

CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, n°390023, *rec. Lebon*, p. 89, *RFDA*, 2016, p. 506, concl. Daumas (V.).

CE, Ass., 13 juillet 2016, *Czabaj*, n°387763, *rec. Lebon*, p. 340, *RFDA*, 2016, p. 927, concl. Henrard (O.), *AJDA*, 2016, p. 1769, chron. Dutheillet de Lamothe (L.) et Odinet (G.).

CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT (CFDT Finances)*, n°414583, *rec. Lebon*, p. 188, *RFDA*, 2018, p. 649, concl. Bretonneau (A.), *AJDA*, 2018, p. 1206, chron. Roussel (S.) et Nicolas (C.) : Plessix (B.), « Le droit administratif, droit de l'acte réglementaire », *Droit Administratif*, n° 7, Juillet 2018, repère 7, p. 1 ; Friedrich (C.), « Une victoire de l'État de droit à la Pyrrhus : les vices de forme et de procédure laissés sur le champ de bataille », *JCP A*, n° 26, 2 Juillet 2018, p. 2197 ; Cassia (P.), « Le Conseil d'État abîme les principes de légalité et de sécurité juridique », *blog mediapart*, 22 mai 2018 ; Delvolvé (P.), « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires - Des arguments pour ? », *RFDA*, 2018, p. 665 ; Eveillard (G.), « La limitation du contrôle de la légalité externe des actes réglementaires », *Droit Administratif*, n° 10, Octobre 2018, comm. 45, p. 23 ; Chiffot (N.), « Moyens opérants à l'appui d'un recours dirigé contre le refus d'abroger un acte réglementaire et par voie d'exception », *Procédures*, n° 7, Juillet 2018, comm. 236 ; Gillig (D.), « La remise en cause du caractère perpétuel de l'exception d'illégalité à l'encontre des actes réglementaires », *Les Petites Affiches*, n°104, 31 août 1994 ; Seiller (B.), « Nouvelle restriction de l'invocabilité des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », *Gazette du Palais*, n°34, 09 octobre 2018, p. 30 ; Aranda Vasquez (A.), « Le Conseil d'État précise les modalités de recours contre les actes réglementaires », *Les Petites Affiches*, n°145, 20 juillet 2018, p. 18 ; De Béchillon (D.), « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires - Contre », *RFDA*, 2018, p. 662 ; Dizier (A.), « Principe de sécurité juridique : le Conseil d'État parachève sa révolution contentieuse et revire sa jurisprudence », *Les Petites Affiches*, n°120, 15 juin 2018, p. 4.

CE, 29 juin 2018, *Commune de Sempy*, n°395963, *Juris-Data*, n°2018-011313, *AJDA*, 2018, p. 272, chron. Roussel (S.) et Nicolas (C.), *RDI*, 2018, p. 175, note Soler-Couteaux (P.), *RFDA*, 2018, p. 357, concl. Burguburu (J.) : Boul (M.), « La prise d'ELAN du contentieux de la régularisation des documents d'urbanisme », *Droit administratif*, n°10, Octobre 2018, comm. 52, p. 48.

CE, 12 octobre 2018, n°417016, *Juris-Data*, n°2018-017630 : Pastor (J-M.), « exception d'illégalité dans le cas d'une opération complexe », *Dalloz actualité*, 23 octobre 2018 ; Hostiou (R.), « Prorogation de la DUP, opération complexe et exception d'illégalité », *RDI*, 2018, p. 589.

CE, 27 février 2019, n°418950.

CE, 27 mars 2019, n°427758.

3. Conseil constitutionnel

C. Const., 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, n°93-335 DC.

C. Const., 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, n°94-359 DC.

C. const., 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, n°2009-595 DC, *AJDA*, 2010, p. 80, étude Roblot-Troizier (A.), *RFDA*, 2010, p. 1, étude Genevois (B.).

4. Cour de cassation

Cass., crim., 22 mai 2013, n°12-83.846, *RDI*, 2013, p. 534.

5. Cours administratives d'appel

CAA Paris, 28 septembre 1999, *Commune de Fourqueux*, n°96PA04361.

CAA Nancy, 9 janvier 2006, *Duval c. MEDD*, n°04NC00704 : Deharbe (D.), « On ne peut exciper de l'illégalité de la mise en demeure devenue définitive en droit des installations classées... mais pour combien de temps encore ? », *Environnement*, n°3, mars 2006, comm. n°32.

CAA Nancy, 23 mars 2006, *Commune de Reguisheim*, n° 04NC00288.

6. Tribunal des conflits

TC, 16 juin 1923, *Septfonds*, n°732, *rec. Lebon*, p. 498, *DP*, 1924, p. 41, concl. Matter (P.) : Hauriou (M.), « Compétence du tribunal judiciaire pour interpréter le sens d'un règlement administratif, mais non pas pour en apprécier la légalité », *revue générale du droit on line*, 2015, n°15177.

TC, 17 octobre 2011, *SCEA du Chéneau*, n°C3828-3829, *rec. Lebon*, p. 698, *RFDA*, 2011, p. 1122, concl. Sarcelet (J-D.), *AJDA*, 2012, p. 27, chron. Guyomar (M.) et Domino (X.).

TC, 12 décembre 2011, *Société Green Yellow et autres c. Électricité de France*, n°C3841, *rec. Lebon*, p. 705, *AJDA*, 2012, p. 27, chron. Guyomar (M.) et Domino (X.), *Les petites affiches*, 16 mars 2012, p. 7, note Groulier (C.).

VI. TEXTES ET TRAVAUX PARLEMENTAIRES

1. Lois

Loi n°94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction.

Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.

Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

Loi n°2010-1658 du 29 décembre 2010 de finances rectificative pour 2010.

Loi n°2011-940 du 10 août 2011 modifiant certaines dispositions de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.

Loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

Loi n°2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance

Loi n°2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique.

Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

2. Projets de lois

Projet de loi portant réforme du Code de l'urbanisme, Document parlementaire A.N., n°3077, 25 novembre 1992.

3. Études d'impact

Étude d'impact du projet de loi pour un État au service d'une société de confiance, 27 novembre 2017, NOR : CPAX1730519L.

4. Avis consultatifs

Avis du CE sur le projet de loi pour un État au service d'une société de confiance, 23 novembre 2017, NOR : CPAX1730519L.

5. Travaux parlementaires

Amendement n°541 du 14 novembre 2018, loi de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice (n°1396).

Document parlementaire A.N, n°606, 15 octobre 1993.

Document parlementaire A.N, n°765, 25 novembre 1993.

Document parlementaire S, n°141, 03 décembre 1993.

VII. RAPPORTS PUBLICS

Rapport public 1992 du CE, *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*, La documentation française, Études et documents du Conseil d'État.

Rapport public 2006 du CE, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française, Études et documents du Conseil d'État.

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|---|-----------|
| LISTE DES ABRÉVIATIONS | 2 |
| SOMMAIRE | 4 |
| INTRODUCTION | 5 |
| Chapitre I. La construction d'un régime spécial de l'exception d'illégalité | 18 |
| I. Un régime d'opérance limitée | 18 |
| 1. Une limitation initialement encadrée | 18 |
| A. Un cadre matériel de limitation..... | 18 |
| B. Un cadre méthodique de limitation..... | 21 |
| 2. Une limitation finalement débordée | 25 |
| A. Des digressions méthodiques..... | 25 |
| B. Des contagions matérielles..... | 27 |
| II. Un régime d'opérance graduée | 29 |
| 1. Les opérations complexes comme cadre d'opérance extensive | 29 |
| A. La fragilisation des opérations de construction et d'aménagement..... | 30 |
| B. L'échec d'une marginalisation des opérations complexes | 32 |
| 2. Les autorisations d'urbanisme comme cadre d'opérance restrictive. | 34 |
| A. D'une « mesure d'application » à une « mesure par application » | 35 |
| B. D'une spécialisation à une mutation de l'exception d'illégalité..... | 38 |
| Chapitre II. La déconstruction du régime général de l'exception d'illégalité | 42 |
| I. Une dégradation polysémique | 42 |
| 1. Une dégradation synonyme d'uniformisation | 42 |
| A. Une généralisation à la légitimité defectueuse | 42 |
| B. Une généralisation à la licéité douteuse..... | 46 |
| 2. Une dégradation synonyme d'affaiblissement | 49 |
| A. Un affaiblissement des fondements conceptuels de l'exception d'illégalité..... | 49 |
| B. Un affaiblissement au caractère dispensable..... | 52 |
| II. Une fondamentalisation symptomatique | 55 |
| 1. Le sort particulier de la légalité externe | 56 |
| A. Une théorie des vices transmissibles | 56 |
| B. Une théorie réfragable..... | 59 |
| 2. Un symptôme de la « crise » du contentieux administratif | 61 |
| A. Une limitation de l'accès au juge | 61 |
| B. Une réduction de l'office du juge | 64 |
| BIBLIOGRAPHIE | 68 |
| TABLE DES MATIÈRES | 78 |