



HAL
open science

Commentaire de la décision CE, ass., 18 mai 2018, req. n° 414583, CFDT Finances

Maxime Lei

► **To cite this version:**

Maxime Lei. Commentaire de la décision CE, ass., 18 mai 2018, req. n° 414583, CFDT Finances. 2018. hal-01849078

HAL Id: hal-01849078

<https://hal.science/hal-01849078v1>

Preprint submitted on 15 Aug 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Commentaire de la décision CE, ass., 18 mai 2018, req. n° 414583, CFDT Finances. 2018.

La décision *CFDT Finances* rendue par l'Assemblée du Conseil d'État le 18 mai 2018 permet, selon le Palais-Royal, de préciser « les modalités selon lesquelles un acte réglementaire peut être contesté »¹. Cette formule neutre ne trompera pas l'observateur assidu de la jurisprudence administrative : il s'agit là d'une décision dont les incidences dépassent largement ses seuls aspects techniques.

En vertu du statut général de la fonction publique², les emplois civils permanents sont, par principe, occupés par des fonctionnaires. Le statut de la fonction publique d'État³ prévoit qu'il est possible de déroger à cette règle pour les emplois des établissements publics de l'État qui requièrent des qualifications professionnelles particulières indispensables à l'exercice de leurs missions. Cette « liste » d'emplois finalement dérogatoires est déterminée par un décret en Conseil d'État pris après avis du Conseil supérieur de la fonction publique de l'État. C'est dans ce cadre que le Premier ministre a adopté le 29 mars 2017 le décret n° 2017-436 fixant la liste de ces emplois dérogatoires pour la fonction publique d'État.

Le 25 mai 2017, la Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT réclamait auprès de son auteur l'abrogation de ce texte qu'elle considérait comme illégal, mobilisant ainsi l'obligation qui pèse sur l'administration d'abroger tout règlement convaincu d'illégalité, peu importe l'origine de cette dernière⁴. Malgré les critiques portant sur la liste fixée à propos de l'Institut national de la propriété intellectuelle, établissement public de l'État donc, le Premier ministre a opposé à cette demande un refus implicite, la situation n'étant pas régie par le récent mais contesté principe du silence valant acceptation⁵.

Tirant les conséquences du caractère impératif de l'abrogation en cas d'illégalité, le syndicat requérant a déféré au Conseil d'État ce refus par un recours en excès de pouvoir formé le 25 septembre 2017. Le débat contentieux de cette affaire sur laquelle la formation la plus solennelle de la Haute juridiction administrative s'est finalement prononcée le 18 mai 2018 portait donc sur la question de la nature du contrôle exercé sur le refus d'abroger un règlement prétendument illégal.

Au soutien de cette requête, le demandeur avançait plusieurs moyens visant le fond comme la forme de l'acte réglementaire litigieux. Sur le fond, le demandeur critiquait la possibilité ouverte à l'Institut national de la propriété intellectuelle de pourvoir des emplois permanents de manière dérogatoire, en ne recourant pas à des fonctionnaires. Faisant application des critères posés dans les dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État⁶, le Conseil d'État écarte cette argumentation sans trop de difficultés. Dans la mesure où les huit types d'emplois concernés réclamaient une expertise dans des domaines⁷ pour lesquels aucun corps de fonctionnaires, pas même celui des ingénieurs de l'industrie et des mines ou des techniciens supérieurs de l'économie et de l'industrie, ne possédait les qualifications requises, un tel moyen devait être rejeté.

¹ <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Contestation-d-un-acte-reglementaire>.

² L. n° 83-634 du 13 juill. 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, art. 3.

³ L. n° 84-16 du 11 janv. 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, 2°, art. 3.

⁴ Désormais codifiée à l'article L. 243-2 du Code des relations entre le public et l'administration, celle-ci était au départ jurisprudentielle (CE, ass., 3 févr. 1989, n° 74052, *Compagnie Alitalia*, Lebon 44).

⁵ V. not. B. Seiller, « Quand les exceptions infirment (heureusement) la règle : le sens du silence de l'administration », *RFDA*, 2014, p. 35 ; J.-Ph. Derosier, « La nouvelle règle "le silence vaut acceptation" si rarement applicable », *JCP A*, 2014, n° 2305.

⁶ Selon l'article 4 de la loi n° 84-16, il est possible d'agir ainsi lorsqu'aucun corps de fonctionnaires n'est susceptible d'assurer les fonctions visées faute des qualifications professionnelles requises.

⁷ Au vu des missions confiées à l'INPI, il s'agit de la propriété industrielle, du maniement des titres et des données ainsi que de celui du registre national du commerce et des sociétés.

Si l'affaire était par conséquent entendue sur le fond, les moyens de légalité externe paraissaient pour leur part plus sérieux, l'acte réglementaire ayant été adopté à l'issue d'une procédure irrégulière à deux titres. Tout d'abord, la première consultation exigée, celle du Conseil supérieur de la fonction publique, était entachée d'illégalité. En second lieu, le décret adopté par le Premier ministre se révélait être différent du texte qui avait été soumis au Conseil d'État mais également de celui que ce dernier avait adopté, violant ainsi les règles de la procédure consultative⁸. Ces irrégularités, qu'il est possible d'envisager comme étant substantielles, étaient dès lors susceptibles d'entraîner l'annulation de l'acte réglementaire litigieux et, par suite, de remettre en cause bon nombre de situations constituées.

L'application stricte de la légalité risquant d'entraîner des conséquences excessives, le Conseil d'État a pris le parti d'innover au nom de la sécurité juridique en rejetant de tels moyens qu'il va jusqu'à qualifier d'inopérants. Ne se limitant pas à l'espèce, le Conseil d'État restreint donc le champ du contrôle indirect⁹ de la légalité d'un acte réglementaire en empêchant l'invocation dans un tel cadre des vices relatifs aux conditions de son édicition. En conséquence, le contrôle juridictionnel se limite désormais dans de tels recours à « la légalité des règles fixées par l'acte réglementaire, la compétence de son auteur et l'existence d'un détournement de pouvoir ».

Ce renforcement de la sécurité juridique, du moins de la conception qu'en a le Conseil d'État, ne dégage pas une orientation inédite de la jurisprudence et n'appelle donc pas de commentaires particuliers¹⁰. En revanche, la technique juridictionnelle utilisée dans cette affaire est particulièrement intéressante dans la mesure où la juridiction suprême y a effectué de véritables choix en la matière. Le recours à la validation anticipée¹¹ comme outil de la justice pragmatique¹² (I) est notamment loin d'être neutre dès lors qu'il s'inscrit dans une tendance jurisprudentielle profonde. La qualification retenue des moyens rejetés, celle de l'inopérance, s'analyse pareillement en ce que, pour sa part, elle constitue l'outil de légitimation d'une politique jurisprudentielle (II).

I – La validation anticipée, outil de la justice pragmatique

En rejetant d'emblée, sans même aborder la question de leur bien-fondé, tous les moyens relatifs aux vices de forme et de procédure potentiellement soulevés au soutien de la contestation indirecte d'un acte réglementaire, le Conseil d'État valide par anticipation les conditions d'édicition de l'acte litigieux. L'utilisation de cette technique démontre que le Conseil d'État sait être audacieux aux fins de poursuivre la continuité d'une orientation qu'il avait impulsée (A). En même temps, dans l'utilisation d'un des aspects les plus radicaux de

⁸ Dans le cadre d'un avis obligatoire, l'administration n'est pas forcée de suivre l'avis qu'elle est forcée de réclamer. Néanmoins, elle ne peut retenir que la version du texte initialement proposé à l'organe consultatif ou celle résultant de l'avis rendu. Pour toute autre version, l'autorité administrative est dans l'obligation de consulter à nouveau l'organisme consultatif sur le nouveau projet (CE, sect., 29 janv.1971, n° 78189, *Conseil national de l'ordre des médecins*, Lebon 79).

⁹ C'est-à-dire une contestation de l'acte réglementaire hors du délai de deux mois permettant de le contester directement. Celle-ci peut passer soit par le biais de l'exception d'illégalité, lorsqu'un requérant conteste la légalité d'un acte d'application d'un acte réglementaire en affirmant que l'illégalité de ce dernier a « contaminé » l'acte d'application, soit par le biais de la contestation du refus d'abrogation d'un acte réglementaire prétendument illégal opposé par l'administration.

¹⁰ Sauf à répéter l'inquiétude déjà témoignée à propos de son instrumentalisation. V. en ce sens, B. Seiller, « Assez d'AC ! », *AJDA*, 2018, p. 937.

¹¹ B. Seiller, « Les validations préétablies, stade ultime du dérèglement normatif », *AJDA*, 2005, p. 2384.

¹² L'expression répond à certains membres du Conseil d'État qui, pour qualifier les auteurs critiquant l'équilibre entre le principe de légalité et de sécurité juridique, parlent de défenseurs de la justice idéale (V. Pécresse, « concl. sur CE 10 octobre 1997, *Société Strasbourg FM* », *RFDA*, 1998, p. 29).

son office, le juge administratif s'est également montré téméraire avec une innovation (B) tendant à restreindre le contrôle de légalité indirect des actes réglementaires.

A – Le Conseil d'État, audacieux dans la continuité

La décision commentée, du fait de l'importance de la formation qui la rend et de la règle formulée, paraît au premier abord complètement inédite. Si la divergence qu'elle fait naître entre le contrôle par voie d'action d'un acte réglementaire et son contrôle indirect tend à confirmer cette impression, la technique contentieuse mobilisée la réfute. Pour mener à bien le resserrement du principe de légalité auquel elle aboutit, l'assemblée du Conseil d'État valide *a priori* et de manière automatique les potentielles illégalités contenues au sein de l'acte contesté. Une telle démarche, dont l'incidence sur l'effectivité du droit au recours juridictionnel peut poser question, n'est pas le fruit exclusif de la fertile imagination du juge administratif. Dans le cadre du contentieux de l'urbanisme souvent présenté comme un pionnier de l'évolution de l'office du juge administratif¹³, les requérants ne pouvaient déjà plus invoquer les vices de forme et de procédure à l'encontre de certains documents d'urbanisme au bout de six mois après leur prise d'effet¹⁴. Par-là, c'est tout le potentiel déstabilisateur de ces éventuels vices qui était désamorcé en dehors de toute appréciation par le juge de leur gravité ou leur incidence sur la décision concernée.

Le juge administratif, sous l'effet du considérable enrichissement que son office a connu depuis le tournant du 21^{ème} Siècle, maniait donc avant même la décision commentée cette technique de la validation anticipée. Si certains y voient les effets du délabrement de notre système normatif dont l'ampleur remettrait en cause le principe de légalité¹⁵, il est aussi – et l'on serait tenté de dire surtout – possible d'y voir les effets d'une volonté de la juridiction administrative de sécuriser la position des autorités administratives. En ne se donnant même pas la peine de vérifier si les vices invoqués existent ou non, le juge s'inscrit dans un mouvement jurisprudentiel désormais connu, celui d'un renforcement de la sécurité juridique¹⁶. Ce courant dont les étapes se confondent avec celles de la modulation de l'office du juge administratif tend depuis déjà plusieurs années à donner la possibilité à celui-ci de limiter l'incidence de violations, avérées¹⁷ ou potentielles, du principe de légalité. Le raisonnement mené par l'assemblée du contentieux en l'espèce se situe d'autant plus dans cette lignée qu'il pérennise l'assimilation du principe reconnu de la sécurité juridique à la réductrice stabilité des situations juridiques¹⁸.

Si l'on considère que l'orientation de son office comme les dernières manifestations de la sécurité juridique¹⁹ viennent ainsi renforcer les situations créées par les actes des autorités administratives qu'il faudrait préserver d'éventuelles sanctions contentieuses, la décision commentée est le produit d'une continuité certaine. Pour autant, elle n'est pas non plus dépourvue d'audace dans la mesure où la mobilisation de cette prérogative de son office était jusque-là circonscrite à une catégorie précise de litiges. Au-delà de ce cantonnement, le recours à cette technique de la validation anticipée par le juge était encadré par une

¹³ D. Chabanol, « Bande à part ou éclairer ? », *AJDA*, 2013, p. 1899.

¹⁴ C. urb., art. L. 600-1.

¹⁵ B. Seiller, « Les validations préétablies, stade ultime du dérèglement normatif », *op. cit.*, p. 2389.

¹⁶ B. Seiller, « Sécurité juridique et office du juge administratif », *RDP*, 2016, p. 770.

¹⁷ En neutralisant les vices non substantiels (CE, ass., 23 déc. 2011, n° 335033, *Danthony*, Lebon 649), substituant les motifs (CE, sect., 6 févr. 2004, n° 240560, *Hallal*, Lebon 48) et la base légale (CE, sect. 3 déc. 2003, n° 240267, *Préfet de la Seine-Maritime c/ M. El Bahi*, Lebon 479) ou même en modulant les effets temporels de l'annulation (CE, ass., 11 mai 2004, n° 255886, *Assoc. AC !*, Lebon 197).

¹⁸ F. Melleray, « Précisions sur la neutralisation de certains vices de procédures », *DA*, mars 2012, comm. n° 22, p. 30.

¹⁹ Par exemple, la contestation d'un acte ne faisant pas la mention des voies et délais de recours, est soumise à un délai raisonnable (CE, 13 juill. 2016, n° 387763, *M. Czabaj*, Lebon 340).

disposition législative qu'il est finalement possible d'analyser comme une habilitation. Or, en s'évadant du domaine prescrit de la contestation indirecte d'un document d'urbanisme, le Conseil d'État s'affranchit de cet agrément et libère l'utilisation de cette facette de son office, faisant preuve d'une audace notable. En revanche, une fois sorti du prisme de l'office du juge, ce choix technique qui innove dans la détermination du régime juridique de la contestation indirecte de la légalité d'un acte réglementaire s'avère être téméraire.

B – Le Conseil d'État, téméraire dans l'innovation

La validation anticipée d'irrégularités éventuelles ou, comme en l'espèce, bien constituées, n'est pas une mesure anodine. Cette technique amène le juge administratif à refuser l'examen de moyens de légalité dont il est pourtant saisi dans le cadre d'un recours juridictionnel auquel il doit nécessairement répondre. Sans aller jusqu'à parler dans de telles circonstances de déni de justice, il n'en demeure pas moins qu'en agissant ainsi, le juge resserre sérieusement l'étendue du spectre du principe de légalité. En procédant explicitement à l'énumération de ce qu'il sera désormais possible d'invoquer dans le cadre de la contestation indirecte d'un acte réglementaire, l'assemblée réduit nécessairement la portée de la légalité. La contrainte exercée sur l'activité des autorités administratives comme la protection en résultant pour leurs destinataires se trouvent être considérablement dévalués par le choix ainsi effectué.

Le Conseil d'État a annoncé vouloir par celui-ci ajuster « l'équilibre entre sécurité juridique et principe de légalité, dans le souci de renforcer la première »²⁰, perpétuant ainsi une quête récurrente de la justice administrative. Si la recherche du point d'équilibre entre ces « deux préoccupations contradictoires »²¹ est une nécessité du contentieux de l'excès de pouvoir que le juge administratif n'hésite pas à mettre en avant, le recours à la technique de la validation anticipée dessert cette entreprise. Dans son ensemble, le mouvement de sécurisation des actes administratifs qui n'est rien d'autre que le renforcement de la sécurité juridique poursuivi par le Conseil d'État intervient dans les cas où, malgré l'annulation, les autorités administratives devraient, ou au moins pourraient, reprendre un acte au contenu identique. La légalité est alors respectée et le fait d'éviter des annulations finalement inutiles renforce efficacement la sécurité juridique. Le raisonnement est sensiblement le même lorsque le juge administratif écarte des vices qu'il qualifie de « non substantiels » parce qu'ils n'ont aucune influence sur le contenu de la décision adoptée et qu'ils ne privent leurs destinataires d'aucune garantie.

En utilisant la technique de la validation anticipée, le Conseil d'État ne s'inscrit malheureusement pas dans cette lignée. Tout d'abord, rien n'indique en l'espèce que l'acte réglementaire aurait été identique si les conditions de son édicton avaient scrupuleusement respecté la légalité. De même, l'on ne peut non plus affirmer avec certitude que la sanction des illégalités soulevées n'aurait servi à rien parce que le contenu de l'acte aurait été exactement repris dans les mêmes termes. Par conséquent, l'assemblée du contentieux décide par ce moyen d'annihiler l'incidence d'une partie conséquente du principe de légalité, celle intéressant les vices de forme et de procédure. Plus qu'un affaiblissement de la légalité mis au profit de la sécurité juridique dans l'optique d'un réajustement de leur relation, la mise en œuvre de la validation anticipée vient aggraver l'existence d'un déséquilibre qui affleurerait. En écartant d'emblée toute une partie de la légalité, l'assemblée transforme le rapport de pondération habituel qu'elle entretient avec la sécurité juridique, en une annihilation circonscrite à la légalité externe. Partant de là, les juges du Palais-Royal, semblent avoir manqué leur objectif initial.

²⁰ <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Contestation-d-un-acte-reglementaire>.

²¹ B. Seiller, « Sécurité juridique et office du juge administratif », *op. cit.*, p. 767.

C'est d'autant plus le cas que ce déséquilibre que l'on vient de mentionner est le fruit d'un choix téméraire effectué par le Conseil d'État en faveur de la technique la plus radicale qui soit, celle de la validation anticipée. Celui-ci se révèle être téméraire lorsqu'on le compare aux autres techniques juridictionnelles que la diversité de l'office du juge administratif offrait au Conseil d'État pour atteindre l'objectif annoncé. En effet, d'autres solutions²², en tout cas au moins une, pouvaient protéger efficacement la sécurité juridique sans écorner – du moins encore plus qu'il ne l'avait déjà fait – le principe de légalité : c'est la modulation temporelle des effets de l'annulation²³. Par ce biais, le juge peut sanctionner l'illégalité d'un acte tout en différant les effets dans le temps de cette décision afin de laisser à l'autorité administrative un délai pour rétablir la légalité viciée. Cette technique a en outre déjà eu l'occasion d'être utilisée dans un litige dont la configuration se rapproche de l'espèce. Confronté à un acte réglementaire entaché d'un vice de procédure, le Conseil d'État, considérant le caractère régularisable d'un tel vice et l'intérêt attaché à son contenu, n'a enjoint à l'autorité administrative de ne faire disparaître ses conséquences qu'à défaut de l'édition d'un nouvel acte purgé de son illégalité dans un certain délai²⁴. Une telle configuration permettait de concilier la sécurité juridique, les effets de l'acte étant maintenus à titre provisoire, et la légalité, le juge ayant au bout du compte purgé les vices de légalité.

En adaptant un tel raisonnement à notre espèce, il paraissait possible de moduler les effets temporels de la sanction des illégalités externes soulevées pour laisser le temps aux autorités administratives de se conformer aux impératifs de la légalité. Ainsi, même si ce n'est qu'artificiellement, légalité et sécurité pouvaient être mieux conciliées en utilisant une prérogative déjà rodée de l'office du juge administratif. Deux explications peuvent alors être avancées pour justifier ce refus de l'assemblée d'emprunter une telle voie. Tout d'abord, si les juges ont considéré que la régularisation n'était pas possible vu la gravité des vices invoqués, la seule sanction possible aurait été l'annulation. Afin d'éviter les conséquences d'une telle solution, les juges auraient alors préféré écarter le respect de la légalité qui paraissait devoir trouver une sanction. La seconde explication, qui nous semble plus crédible, n'est guère plus satisfaisante dans la mesure où si la régularisation était en l'espèce possible, le resserrement du contrôle de légalité répond alors à une autre logique, liée à la politique jurisprudentielle du Conseil d'État. Celui-ci aurait alors voulu déprécier la voie de la contestation indirecte, peu importe la voie, en y exerçant un contrôle de légalité de « seconde catégorie » allégé des moyens externes, qui après avoir été les parents pauvres²⁵ du pouvoir d'appréciation du juge administratif, sont désormais sérieusement discrédités. Devant de telles considérations, l'on peut alors craindre l'avènement d'une justice « à deux vitesses », le principe de légalité devenant au fil des décisions distendu et hétérogène. L'inquiétude est d'autant plus crédible que le deuxième choix technique effectué par le Conseil d'État, celui de rejeter les moyens de légalité externe sur la base de l'inopérance, apparaît comme l'outil de la légitimation de cette politique jurisprudentielle.

II – L'inopérance, outil de légitimation d'une politique jurisprudentielle

L'assemblée du Conseil d'État a décidé qu'il ne serait plus possible d'invoquer de vices de forme et de procédure au soutien de la « contestation indirecte » d'un acte

²² L'on aurait pu aussi citer la technique de l'article L. 600-5-1 du Code de l'urbanisme.

²³ CE, 27 juill. 2001, n° 222509, *Titran*, Lebon 411.

²⁴ CE, 11 janv. 2006, n° 267251, *Assoc. des familles victimes du saturnisme*, Lebon 11 ; CE, 3 mars 2009, n° 314792, *Assoc. française contre les myopathies*, Lebon 69.

²⁵ D. Labetoulle, « Le vice de procédure, parent pauvre de l'évolution du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation », in *Terres du droit. Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 479.

réglementaire. Pour parvenir à ce résultat, les juges ont considéré que de tels moyens dans ce cadre précis devaient être qualifiés d'inopérants. Ce qui, au regard de la variété des techniques de rejet des moyens, ne peut être qu'un véritable choix est, en comparaison de ces autres opportunités, techniquement discutable (A). Y apporter une justification crédible impose alors de quitter l'aspect purement technique pour replacer la décision dans la large perspective de la politique jurisprudentielle du Conseil d'État. L'option de l'inopérance apparaît dès lors comme un choix politiquement assumé (B).

A – Un choix techniquement discutable

Pour priver d'efficacité les vices de forme et de procédure ainsi invoqués, le Conseil d'État les a rejetés en leur appliquant la théorie de l'inopérance. C'est, dans la sphère des moyens voués au rejet²⁶, le choix le plus radical qui pouvait être fait en la matière par l'assemblée du contentieux. Considérant que de tels moyens sont ceux « que le juge refuse d'apprécier car cette opération n'aurait simplement aucune utilité dans la recherche de la solution du litige »²⁷, les moyens inopérants sont rejetés sans examen de leur bien-fondé parce qu'ils n'auraient, pour le dire autrement, finalement aucune incidence sur le litige. L'on dit aussi d'eux qu'ils sont surabondants ou inutiles dans la mesure où ils invoquent par exemple une règle qui n'est pas applicable au litige ou parce qu'ils en font une interprétation erronée. En bref, on pourrait quasiment les qualifier comme étant hors de propos dans le cadre d'un litige bien particulier. Sur cette base, le juge confronté à de tels moyens peut les écarter sans même prendre la peine d'examiner ni leur véracité ni leur bien-fondé.

Or, soulever des moyens de légalité, même « seulement » externes, au soutien d'une requête destinée à contester, fut-ce de manière indirecte, un acte réglementaire ne semble pas, à proprement parler, inopérant. Les moyens relatifs aux vices de forme et de procédure invoqués, à condition d'être fondés, ont bien une incidence sur la légalité de l'acte contesté et, partant de là, sur l'issue d'un litige justement destiné à l'interroger. L'on peut par conséquent remettre en cause l'idée que les vices concernés par la décision commentée n'ont finalement aucun lien avec l'objectif pour lequel le juge est saisi, même indirectement. Du moins, ils ne sont hors de propos que dans la mesure où le juge veut qu'ils le soient, ce qui relève d'un raisonnement différent de l'inopérance tel qu'elle s'entend classiquement.

Le refus de l'examen du bien-fondé de tels moyens est ici érigé en tant que caractéristique du régime juridique de la contestation indirecte d'un acte réglementaire. Sur la base de cette considération, l'on peut affirmer que c'est la volonté du juge qui motive le rejet, bien plus que l'analyse du contenu, en l'espèce, de ces moyens. L'inopérance est ici affirmée de manière absolue, tous les vices de forme et de procédure devant être appréciés de la sorte dans tous les recours de ce type. Or, « un moyen inopérant ne l'est jamais dans l'absolu »²⁸, les considérations de chaque espèce pouvant amener un moyen à être, ou non, opérant.

La juridiction administrative suprême avait-elle pour autant les moyens d'agir différemment ? Ayant déjà envisagé la variété des opportunités permettant au juge de rejeter des moyens qu'il ne souhaite pas examiner, l'on ne peut s'empêcher de penser qu'il était effectivement possible d'emprunter une autre voie, celle de l'irrecevabilité.

Retenir cette dernière théorie aurait en effet été nettement plus pertinent. Contrairement à l'inopérance, le prononcé de l'irrecevabilité dépend non pas du contexte propre à chaque espèce mais de facteurs prédéterminés. Dès lors, sont de nature à amener le juge à qualifier des moyens comme étant irrecevables, des éléments tels que la détermination de sa compétence ou le régime du recours par lequel il est saisi. Or, en décidant de modifier les caractéristiques de la contestation indirecte d'un acte réglementaire, c'est bien au régime

²⁶ Pour leur liste, v. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13^{ème} éd., Montchrestien, 2008, n° 915 et s.

²⁷ A. Ciaudo, *L'irrecevabilité en contentieux administratif français*, L'harmattan, 2009, p. 237.

²⁸ *Ibid.*, p. 238.

juridique de ce recours que l'assemblée du contentieux s'intéresse et donc, au bout du compte à un « facteur prédéterminé ». La théorie de l'irrecevabilité présentait finalement, dans la poursuite de l'objectif visé, celui de redessiner les contours de la contestation indirecte d'un acte réglementaire, les caractéristiques idoines pour être mobilisée.

Le constat que « le moyen irrecevable est simplement celui dont le juge refuse d'apprécier le bien-fondé »²⁹ confirme que le rejet opposé par le Conseil d'État, guidé par sa seule volonté, aurait théoriquement dû se fonder sur la théorie de l'irrecevabilité. Techniquement, rien ne s'y opposait non plus dans la mesure où, comme l'inopérance, l'irrecevabilité d'un moyen permet au juge de l'écarter sans procéder à l'examen de son bien-fondé. Cette seule caractéristique était suffisante pour que l'assemblée du contentieux parvienne à l'objectif recherché, la restriction du régime de la contestation indirecte d'un acte réglementaire. La théorie de l'irrecevabilité présente en outre l'avantage considérable de lier le juge saisi d'un moyen considéré comme tel, le rejet étant dans ces circonstances d'ordre public. Dès lors, la décision de fonder la règle dégagée sur la théorie de l'inopérance s'analyse comme le fruit d'un choix délibéré, donc politiquement assumé.

B – Un choix politiquement assumé

Le choix – selon nous erroné – du fondement de l'inopérance pour aboutir au rejet des vices de forme et de procédure invoqués dans un tel cadre n'est pas, à proprement parler, une maladresse technique. L'on aurait pourtant pu le croire tant il peut régner une confusion, notamment dans la rédaction des décisions du Conseil d'État, entre les théories de l'inopérance et de l'irrecevabilité au bout du compte si proches. La volonté marquée du juge d'assurer la légitimité de la règle et de la politique jurisprudentielle ainsi dégagée nous convainc du contraire.

Retenir l'inopérance au lieu de l'irrecevabilité assure au juge une certaine facilité dans le rejet des vices de forme et de procédure invoqués au soutien de la contestation indirecte d'un acte réglementaire. Le juge pourra ainsi, c'est la formule consacrée, rejeter de tels moyens par préterition, c'est-à-dire sans même y répondre ou les mentionner. Dans la même veine, et finalement logiquement, le juge n'aura également pas à construire une motivation justifiant leur rejet³⁰. Toutes ces caractéristiques finalement très techniques ont un intérêt dans la mesure où elles permettent de limiter les arguments au soutien d'éventuels recours en cassation, l'absence de réponse ou de motivation ne pouvant remettre en cause la décision juridictionnelle rendue.

L'on peut également relever que le caractère inopérant ou non d'un moyen est le premier des éléments auquel le juge va s'intéresser, avant même de contrôler son caractère irrecevable et enfin bien-fondé ou non.

Toutes ces considérations, finalement très techniques, permettent au Conseil d'État de montrer à l'ensemble des observateurs la détermination qui est la sienne à ne plus accepter que les vices de forme et de procédure puissent mener à l'annulation d'un acte réglementaire au-delà du délai de deux mois prévu pour le contester directement. Dans ce prolongement, l'on peut également dire que cette préférence pour l'inopérance permet au juge d'asseoir définitivement son raisonnement, de le marteler. Étant le moyen le plus radical pour rejeter un moyen, c'était là la technique juridictionnelle la plus efficace dans son entreprise de légitimation de la politique jurisprudentielle déjà engagée.

L'assemblée du contentieux du Conseil d'État a donc décidé, par cette décision du 18 mai 2018, d'assumer pleinement l'accentuation du virage pris par la juridiction administrative en faveur d'une sécurisation des actes administratifs en frappant d'inopérance les vices de

²⁹ A. Ciaudo, *op. cit.*, p. 237.

³⁰ CE, sect., 25 mars 1960, n° 35805, *Boileau*, Lebon 234 – CE, 27 juill. 2016, n° 386957, *Mme B*, Lebon T.

forme et de procédure invoqués au soutien de la contestation indirecte d'un acte réglementaire.

Auteur : Maxime Lei – Docteur en droit public – A.T.E.R. à l'Université de Toulon –
418, rue Jean Jaurès – 06.85.24.49.02 – m.lei@hotmail.fr