



**HAL**  
open science

## Vice de procédure

Eve Dubus

► **To cite this version:**

Eve Dubus. Vice de procédure. Louis Feilhès. Un droit administratif “ européen ” : regards croisés des droits administratifs français et de l’Union européenne, Bruylant, pp.169-186, 2022, Droit administratif / Administrative Law, 978-2-8027-7114-2. hal-04577356

**HAL Id: hal-04577356**

**<https://hal.science/hal-04577356v1>**

Submitted on 22 May 2024

**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.

## Le vice de procédure

Publié in L. FEILHES (dir.), *Un droit « administratif » européen, regards croisés des droits administratifs français et de l'Union européenne*, Bruylant, coll. « Droit administratif, administrative law », 2022, pp. 169-185.

1. Cette contribution se propose de comparer la manière dont le juge de l'Union européenne et le juge administratif français appréhendent le vice de procédure dans l'examen de la légalité d'un acte de l'Union et d'un acte administratif. Traditionnellement, ce vice est appréhendé à travers la théorie des formalités substantielles ou à travers celle des vices substantiels.

2. La théorie des formalités substantielles présente l'avantage de soumettre rigoureusement l'Administration au principe de légalité. Elle consiste, pour le juge, à sanctionner toute irrégularité entachant une règle procédurale. Le juge recherche d'abord si les règles procédurales litigieuses sont des « formalités substantielles ». Il constate ensuite que la règle procédurale est méconnue pour déduire l'illégalité de la décision contestée. Le contrôle juridictionnel est donc pleinement objectif : il suffit que la règle procédurale soit méconnue pour que cette irrégularité entraîne la nullité de la décision finale.

3. Cette théorie présente néanmoins plusieurs inconvénients. Tout d'abord, ni les textes ni les juges ne déterminent précisément ce qu'est une formalité substantielle et, en l'absence d'une confirmation claire du juge à ce sujet, les éléments de réponse apportés par la doctrine demeurent hypothétiques<sup>1</sup>. Par ailleurs, si le juge ne prononce l'illégalité de la décision que dans la mesure où une formalité substantielle a été méconnue, la méconnaissance d'une formalité qui n'est pas substantielle n'entraîne aucune conséquence sur l'acte administratif contesté. Il en résulte, à terme, que certaines règles procédurales, pourtant instituées par les textes, sont dépourvues de toute sanction juridique. Aurélie Bretonneau et Xavier Domino prévenaient ainsi que « *sauf à devenir*

---

<sup>1</sup> S. DOUTEAUD, « Jurisprudence Danthony : théorie des moyens inopérants, des formalités non substantielles ou des vices non substantiels ? », *RFDA* 2018, p. 114 : L'auteure explique que la doctrine se divisait sur le critère déterminant de la formalité substantielle. Selon elle, une formalité pouvait notamment être considérée comme substantielle au regard de l'intérêt, de l'administré ou de l'administration, dans lequel la règle procédurale a été instituée ; en fonction de sa prescription, ou non, à peine de nullité ; en fonction de la finalité de la règle procédurale (Raymond Odent déclare à cet égard qu'une « *formalité est réputée substantielle ou bien si elle peut avoir une influence sur le sens de la décision à prendre ou bien si elle constitue une garantie pour les intéressés* », R. ODENT, *Contentieux administratif*, t. 2, Dalloz, 2007, p. 432) ; au regard de son caractère obligatoire ou facultatif ; au regard de la nature de l'irrégularité qui l'entache (s'il s'agit d'une omission ou d'une simple imperfection).

*insultant ou léger, le juge administratif ne saurait en effet considérer que l'omission d'une procédure, censée éclairer l'administration, ne sert en réalité à rien »<sup>2</sup>.*

4. Dans le cadre de la théorie des vices substantiels, la substantialité se rapporte à l'irrégularité et, plus précisément, aux effets qu'engendre la méconnaissance de la règle procédurale, sans tenir compte de la formalité méconnue. Le juge commence par apprécier que la règle de procédure a été méconnue, puis évalue les effets de l'irrégularité. Le contrôle opéré est, en outre, concret : le juge ne prononcera l'annulation de la décision que si la méconnaissance de la règle a, en l'espèce, été de nature à provoquer des effets substantiels.

5. Jusqu'en 2011, le juge français a mis en œuvre, de manière alternative et hasardeuse<sup>3</sup>, les deux théories du vice de procédure. Cette situation, néfaste pour la sécurité juridique, l'a conduit à opérer un choix. Avec l'arrêt *Danthony*<sup>4</sup>, le juge administratif français semble avoir résolument tranché en faveur de la théorie des vices substantiels. C'est, du moins, ce qu'une partie de la doctrine affirme<sup>5</sup>. Cette hypothèse serait confirmée par le fait que le juge a, en outre, pris le soin de définir quels étaient les effets substantiels susceptibles d'entraîner l'annulation de la décision. En l'occurrence, le vice de procédure n'affecte la légalité de la décision que s'il a été susceptible d'exercer une influence sur le sens de la décision ou s'il a privé les intéressés d'une garantie.

6. Si elle permet de préserver la stabilité des situations juridiques, la théorie des vices substantiels présente l'inconvénient de heurter frontalement le principe de légalité. En effet, le filtre *Danthony* n'est pas un moyen invocable par les parties mais constitue « *la méthode naturelle du juge administratif pour appréhender un vice de procédure* »<sup>6</sup>. Il résulte de cette « *grille d'examen* »<sup>7</sup> que les

---

<sup>2</sup> A. BRETONNEAU et X. DOMINO, « Jurisprudence Danthony : bilan après 18 mois », *AJDA* 2013, p. 1736.

<sup>3</sup> Pour la théorie des formalités substantielles, voir, par exemple, CE, Sect., 19 décembre 1984, *Société Mapac*, n° 48460, *Rec.*, p. 439 ; CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, n° 255886, *AJDA* 2004, p. 1138, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; *RFDA* 2004, p. 454, concl. C. DEVYS ; CE, 8 décembre 1982, *M. I. et autres*, n° 20970 et n° 21022. Pour la théorie des vices substantiels, voir, par exemple, CAA Marseille, 11 janvier 2007, *Société Corsica Ferries*, n° 03MA01703 ; CE, 26 novembre 2010, *Société Groupe Pizzorno Environnement*, n°331078, *AJDA* 2010, p. 2291.

<sup>4</sup> CE, Ass., 23 décembre 2011, n° 335033, *Rec.*, p. 649 ; *AJDA* 2012, p. 195, chron. A. BRETONNEAU et X. DOMINO ; *Ibid.*, p. 1484, étude C. MIALOT ; *Ibid.*, p. 1609, tribune B. SEILLER ; *RFDA* 2012, p. 284, concl. G. DUMORTIER ; *Ibid.*, p. 296, note P. CASSIA ; *Ibid.*, p. 423, étude R. HOSTIOU.

<sup>5</sup> A. BRETONNEAU et X. DOMINO, « Jurisprudence Danthony : bilan après 18 mois », *op. cit.*, p. 1733 et s. ; S. DOUTEAUD, « Jurisprudence Danthony : théorie des moyens inopérants, des formalités non substantielles ou des vices non substantiels ? », *op. cit.* ; C. BROUELLE, « L'impact du vice de procédure sur la légalité de l'acte administratif », *JCP A* 2012, n° 13, comm. 2089, p. 12 et s.

<sup>6</sup> A. BRETONNEAU et X. DOMINO, « Jurisprudence Danthony : bilan après 18 mois », *op. cit.*, p. 1737.

<sup>7</sup> *Ibid.*

règles procédurales ne sont plus vraiment sanctionnées. La commission par l'Administration d'irrégularités de procédure n'est même pas une présomption d'illégalité de la décision finale dès lors que l'irrégularité doit remplir des conditions pour être en mesure d'affecter la légalité de l'acte. Elle apparaît alors comme un simple critère, cumulatif de celui des effets qu'elle engendre. Ainsi, si la théorie des formalités substantielles implique qu'une partie seulement des règles procédurales sont sanctionnées de nullité par le juge administratif, la théorie des vices substantiels postule de ce qu'aucune de ces règles n'est, en principe, sanctionnée de nullité. Cette atteinte au principe de légalité est d'autant plus que le filtre *Danthony* est d'application quasi-universelle<sup>8</sup>.

7. Le choix du juge européen est plus nuancé et traduit la recherche d'un équilibre entre sécurité juridique et légalité. Saisi de la violation de formes substantielles sur la base de l'article 263 TFUE<sup>9</sup>, le juge contracte les théories des formalités substantielles et des vices substantiels. Il commence tout d'abord par déterminer si une procédure est une formalité substantielle. Par exemple, le juge européen s'est interrogé sur le fait de savoir si le droit d'être entendu dans le cadre du contrôle des aides d'Etat<sup>10</sup> ou si l'obligation d'information du Parlement dans le cadre de la procédure de négociation et de conclusion des traités internationaux<sup>11</sup>, prévue à l'article 218 TFUE, s'assimilent à des formalités substantielles. Cette qualification implique qu'il suffit que la règle procédurale soit méconnue pour entraîner l'annulation de l'acte de l'Union<sup>12</sup>. A cet égard, l'avocat général Fennelly explique que si le traité prend le soin de qualifier certaines formes de « substantielles », c'est qu'il s'agit d'un terme « *ayant un sens précis, associés dans le cadre du traité à l'annulation* »<sup>13</sup>. Il s'agit de « *normes objectives de légalité* »<sup>14</sup> qui sont sanctionnées dès qu'elles sont méconnues. La violation d'une telle règle de procédure est, par ailleurs, un moyen d'ordre public que le juge européen peut soulever d'office<sup>15</sup>.

---

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 1733.

<sup>9</sup> L'article 263 TFUE énonce que la Cour de Justice de l'Union Européenne est compétente pour « se prononcer sur les recours intentés pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du traité ou de toute règle de droit relative à son application, ou détournement de pouvoir »

<sup>10</sup> CJUE, 17 mars 2016, *Bensada Benallal*, aff. C-161/15.

<sup>11</sup> CJUE, 24 juin 2014, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-658/11.

<sup>12</sup> *Ibid.* La Cour affirme que telle ou telle « *règle procédurale constitue une forme substantielle, au sens de l'article 263, deuxième alinéa, TFUE, dont la violation entraîne la nullité de l'acte qui en est entaché* ».

<sup>13</sup> N. FENNELLY, concl. sur CJCE, 6 avril 2000, *Commission des Communautés européennes c/ Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, aff. C-286/95 P. et sur CJCE, 6 avril 2000, *Commission des Communautés européennes c/ Solvay SA*, C-287/95 P et C-288/95 P, § 34.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> CJCE, 21 décembre 1954, *France*, aff. 1/54, *Rec.*, p. 7 ; CJCE, 20 mars 1959, *Firme J. Nold KG c/ Haute autorité de la CECA*, aff. 18-57, p. 89 ; CJUE, 2 décembre 2009, *Commission c/ Irlande e. a.*, aff. C-89/08 P ; Trib. UE, ord. 13 avril 2011, *Planet c/ Commission*, aff. T-320/09 ; Trib. UE, 13 décembre 2013, *Hongrie c/ Commission*, aff. T-240/10.

8. Si la forme est substantielle<sup>16</sup>, le requérant n'a alors pas besoin de « démontrer que sa situation aurait été différente si la condition avait été remplie »<sup>17</sup>. Le juge ne tient en outre pas compte de la nature de l'irrégularité. Que la forme soit omise ou imparfaitement accomplie, la simple méconnaissance entraîne l'annulation de l'acte de l'Union. Par exemple, le fait que le comité consultatif de la CECA n'ait pas été consulté d'une manière conforme aux prescriptions du traité entraîne automatiquement, par le juge de l'Union, l'annulation de l'acte contesté<sup>18</sup>.

9. Si le juge européen considère que la formalité n'est pas substantielle, il applique alors le régime contentieux des irrégularités de procédure, qui correspond à celui de la théorie des vices substantiels. Dans les arrêts *Distillers Company Limited*<sup>19</sup> et *Heintz van Landenycck*<sup>20</sup>, la Cour a estimé que des irrégularités procédurales commises par les institutions de l'Union n'entraînent la nullité de l'acte que si, « en l'absence de ces irrégularités, la procédure aurait pu aboutir à un résultat différent »<sup>21</sup>. En l'absence d'une forme substantielle, le juge européen place, en premier lieu, son curseur sur les effets de l'irrégularité qui l'entache. En deuxième lieu, l'évaluation de ces effets est circonscrite aux circonstances de l'espèce. Dans la décision précitée, la Cour précise bien que l'irrégularité commise par la Commission, qui consistait en la violation du secret professionnel, n'était pas « susceptible d'avoir une influence sur le contenu de la décision en cause »<sup>22</sup>. En dernier lieu, la substantialité du vice réside seulement, selon le juge européen, dans l'influence du vice sur le sens de la décision. On ne retrouve ainsi qu'un seul des effets substantiels dégagés par le juge administratif français dans l'arrêt *Danthony*<sup>23</sup>.

---

<sup>16</sup> De manière générale, les consultations du Parlement constituent des formes substantielles. Pour un autre exemple, la consultation du Parlement par le Conseil, avant qu'il n'adopte un règlement, « représente un élément essentiel de l'équilibre institutionnel voulu par le traité ». La Cour juge que l'absence de cette consultation entraîne la nullité du règlement, sans évaluer, au préalable, les effets de cette irrégularité sur l'acte de l'Union (CJCE, 29 octobre 1980, *SA Roquette Frères c/ Conseil des Communautés européennes*, aff. 189/79).

<sup>17</sup> N. FENNELLY, concl. sur CJCE, 6 avril 2000, *Commission des Communautés européennes c/ Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, aff. C-286/95 P. et sur CJCE, 6 avril 2000, *Commission des Communautés européennes c/ Solvay SA*, C-287/95 P et C-288/95 P, *op. cit.*, § 28.

<sup>18</sup> CJCE, 21 décembre 1954, *Italie c/ Haute Autorité*, 2/54.

<sup>19</sup> CJCE, 10 juillet 1980, *Distillers Company Limited c/ Commission des Communautés européennes*, aff. 30/78.

<sup>20</sup> CJCE, 29 décembre 1980, *Van Landenycck/Commission*, Heintz van Landewick, aff. 209/78 à 215/78 et 218/78.

<sup>21</sup> CJCE, 10 juillet 1980, *Distillers Company Limited c/ Commission des Communautés européennes*, *op. cit.*

<sup>22</sup> CJCE, 29 décembre 1980, *Van Landenycck/Commission*, Heintz van Landewick, *op. cit.*

<sup>23</sup> Pour des exemples de mise en œuvre du contrôle, voir, Trib. UE, 13 décembre 2013, *Hongrie c/ Commission*, *op. cit.*, cf. § 80-87 : la seconde consultation des comités de réglementation compétents sur un projet relatif à l'autorisation de la mise sur le marché d'une pomme de terre génétiquement modifiée est une formalité non substantielle. Le juge, après avoir constaté l'absence d'une seconde consultation de ces comités, a considéré que, dans les circonstances de l'espèce (la seconde consultation avait été omise alors qu'un avis consolidé de l'EFSA susceptible de permettre à ces comités d'adopter une décision à la majorité qualifiée), cet avis aurait pu

10. A travers ce contrôle original, le juge européen recherche l'équilibre entre le principe de légalité et la sécurité juridique, que le juge administratif semble avoir radicalement rompu avec l'arrêt *Danthony*. Le contrôle européen permet de soumettre les institutions de l'Union au respect des règles de procédure tout en demeurant soucieux de la stabilité des situations juridiques **(I)**. La recherche européenne de cet équilibre, à travers l'articulation des deux théories du vice de procédure, nous conduit à réinterroger le choix opéré par le juge administratif **(II)**. L'étude des décisions du juge administratif permet finalement de tempérer l'idée selon laquelle seule la technique des vices substantiels serait mise en œuvre depuis 2011. En effet, le juge administratif assure implicitement un équilibre entre légalité et sécurité juridique. Parallèlement à la sanction des vices substantiels, le juge administratif sanctionne objectivement certaines règles procédurales.

### ***I. Équilibre recherché par le juge européen***

11. Le contrôle européen du vice de procédure traduit le rôle fondamental de la procédure dans l'adoption des actes de l'Union. Le fait que certaines règles procédurales soient objectivement sanctionnées permet de souligner qu'elles sont de réelles conditions de validité de l'acte. Elles constituent en effet, dans certains cas, le corollaire de la compétence de l'auteur de l'acte **(A)**. D'autre part, ce contrôle permet de mettre en lumière que toutes les règles de procédure sont sanctionnées, même si elles le sont en fonction de régimes contentieux différents. L'étude de la jurisprudence européenne révèle alors que toutes les règles procédurales sont substantielles **(B)**.

---

permettre au comité d'adopter une mesure à la majorité qualifiée et donc de modifier substantiellement le résultat de la procédure. De même, Trib. UE, 11 septembre 2014, *Gold East Paper (Jiangsu) Co. Ltd et Gold Huasheng Paper (Suzhou Industrial Park) Co. Ltd c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. T-444/11, cf. § 110-115 : l'absence d'une concertation entre le directeur et les validateurs en vue de garantir la cohérence de l'évaluation des compétences des titulaires de poste officiant au Centre européen de prévention et de contrôle des maladies n'a pas eu « d'incidence sur le contenu du rapport d'évaluation définitif » du requérant. En effet, le Tribunal juge que « dans les circonstances particulières de l'espèce », la portée de la règle procédurale instituant la concertation résidait dans l'obligation que l'évaluation des compétences soit réalisée de manière cohérente. Par ailleurs, il n'apparaît pas que l'appréciation portée sur le comportement « inacceptable » du requérant, dans le rapport d'évaluation pris en l'absence de concertation, ne soit pas cohérente. De ce fait, l'irrégularité n'a pas pu modifier substantiellement le contenu du rapport définitif. Elle n'entraîne ainsi pas l'annulation de la décision de clôturer ce rapport.

## A. Procédure envisagée comme une condition de validité de l'acte

12. Le respect de certaines règles procédurales est considéré, en droit de l'Union, comme une condition de validité de l'acte. La sanction objective de ces règles n'est pas, selon l'avocat général Fennelly, « le résultat d'un formalisme excessif »<sup>24</sup> mais la volonté que « les règles de procédure (...) préalablement acceptées »<sup>25</sup> par les Etats ne puissent être, en principe, librement méconnues par les institutions de l'Union. Cette idée est confirmée par le fait que la violation d'une forme substantielle est un moyen d'ordre public.

13. Ce contrôle *in abstracto* sous-tend notamment l'idée que la procédure détermine la compétence de l'auteur de l'acte. L'avocat général Fennelly définit les formalités substantielles comme les « conditions de procédure qui sont intrinsèquement liées à la formation et à l'expression de l'intention de l'autorité adoptant l'acte »<sup>26</sup>. La Cour déclare de même que « les règles relatives à la formation de la volonté des institutions communautaires sont établies par le traité et elles ne sont à la disposition ni des États membres ni des institutions elles-mêmes »<sup>27</sup>. Cela signifie que, une fois le champ matériel de leurs compétences déterminé, les institutions ne sont pas libres de vouloir comme elles l'entendent. La manière dont se forme leur volonté est également encadrée. Dans le cas contraire, elles n'exprimeraient pas la volonté de ceux qui les ont habilitées à prendre cet acte.

14. Les règles de procédure sont, à cet égard, classiquement rattachées aux règles de compétence par la doctrine. André Calogeropoulos considère, par exemple, que la compétence et la procédure sont complémentaires<sup>28</sup>. Laferrière écrit également que quand « le droit de décision d'une autorité est subordonné par la loi à certaines formalités sans lesquelles la décision n'est pas présumée bien rendue, l'autorité qui statue sans en tenir compte exerce en réalité un pouvoir qui ne lui appartient pas »<sup>29</sup>. La méconnaissance de ces règles de procédure doit donc être sanctionnée en ce que l'autorité s'affranchit du cadre procédural au sein duquel elle peut exclusivement prendre une décision.

---

<sup>24</sup> N. FENNELLY, concl. sur CJCE, 6 avril 2000, *Commission des Communautés européennes c/ Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, aff. C-286/95 P. et sur CJCE, 6 avril 2000, *Commission des Communautés européennes c/ Solvay SA*, C-287/95 P et C-288/95 P, *op. cit.*, § 23.

<sup>25</sup> G. TESAURO, concl. sur CJCE, 14 novembre 1989, République hellénique c/ Commission des Communautés européennes, aff. 30/88, § 14.

<sup>26</sup> N. FENNELLY, concl. sur CJCE, 6 avril 2000, *Commission des Communautés européennes c/ Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, aff. C-286/95 P. et sur CJCE, 6 avril 2000, *Commission des Communautés européennes c/ Solvay SA*, *op. cit.*, § 22.

<sup>27</sup> CJCE, 7 mai 1991, *Interhotel/Commission*, aff. C-291/89.

<sup>28</sup> A. CALOGEROPOULOS, *Le contrôle de légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, LGDJ, 1983, p. 211.

<sup>29</sup> E. LAFFERIERE, *Traité de la juridiction administrative*, t. 2, Berger Levraut, 1896, p. 52.

15. Cet attachement singulier aux règles de procédure s'explique probablement, en droit de l'Union, par la volonté de sauvegarder la souveraineté des Etats. Les règles procédurales choisies par les Etats membres permettent de former la volonté des institutions sans en exclure les Etats membres. Ces derniers conservent ainsi leur souveraineté en ce que les institutions de l'Union exercent leurs compétences selon les règles qu'ils ont préalablement choisies. Le juge européen qualifie alors de substantielles certaines règles procédurales qui fondent « l'équilibre institutionnel de l'Union ». Les procédures de consultation<sup>30</sup> ou d'information<sup>31</sup> du Parlement ont notamment été instituées parce qu'elles sont des éléments essentiels de « l'équilibre institutionnel voulu par le traité »<sup>32</sup> et qu'elles reflètent « un principe démocratique fondamental selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative »<sup>33</sup>. De même, lorsque l'Etat membre doit faire des observations dans un domaine particulier, ce droit est considéré comme « une expression particulière de la répartition des compétences entre les institutions et les Etats membres ou, en d'autres termes, de l'équilibre institutionnel au sein de l'Union »<sup>34</sup>.

16. Si les règles procédurales françaises n'expriment pas nécessairement la garantie de la souveraineté nationale, le contentieux européen du vice de procédure a le mérite de mettre en lumière que les autorités administratives ne sont en principe pas libres de la manière dont elles doivent parvenir à adopter la meilleure décision. Il conduit également à constater que toutes les règles de procédure sont substantielles. Elles sont, en revanche, sanctionnées selon des régimes contentieux différents.

## **B : Sanction européenne adaptée aux différentes règles substantielles**

17. L'articulation des théories des formalités substantielles et des vices substantiels présente l'avantage de sanctionner la méconnaissance de l'ensemble des règles de procédure. Elle révèle donc que toutes les formalités sont substantielles. Ces règles procédurales sont cependant soumises à des régimes contentieux différents.

18. D'une part, en l'absence de forme substantielle, le juge européen recherche tout de même si l'irrégularité commise n'a pas eu d'incidence sur le contenu de la décision. Les règles

---

<sup>30</sup> CJCE, 29 octobre 1980, *SA Roquette Frères c/ Conseil des Communautés européennes*, *op. cit.*

<sup>31</sup> CJCE, 24 juin 2014, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, *op. cit.*

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> P. MENGOZZI, concl. sur CJUE, 17 mars 2016, *Bensada Benallal*, aff. C-161/15, § 82.



procédurales qui ne sont pas qualifiées de substantielles sont donc susceptibles d'entraîner l'annulation de l'acte de l'Union. Il en découle que toutes les règles procédurales sont substantielles, y compris celles qui sont sanctionnées à travers la théorie des vices substantiels. En effet, si l'irrégularité entachant la procédure peut avoir une incidence sur le contenu de la décision, c'est que la règle procédurale a été précisément instituée pour déterminer le contenu de cette décision. André Calogeropoulos explique en ce sens qu'« *il n'y a pas de formalités en elles-mêmes substantielles ou accessoires, mais seulement [des] vices qui les atteignent qui sont substantiels ou accessoires* »<sup>35</sup>. En d'autres termes, un vice ne pourra être substantiel que dans la mesure où la règle procédurale qu'il entache est elle-même substantielle.

19. Il serait donc, et d'autre part, plus correct d'affirmer que toutes les procédures européennes sont substantielles. Seule leur sanction relève de deux régimes contentieux différents. Certaines règles procédurales doivent être sanctionnées objectivement tandis que la méconnaissance des autres n'entraînera l'annulation de l'acte de l'Union qu'au regard des effets qu'elle produit. L'existence de ce double régime des vices de procédure s'explique en réalité par la différence d'objet des règles procédurales. Certaines conditionnent la validité de l'acte, en ce qu'elles affectent la compétence de l'auteur de l'acte. D'autres, sanctionnées au regard des effets produits par l'irrégularité, n'imposent qu'une finalité à l'institution, celle de s'informer en vue d'adopter la décision raisonnable. Ces règles ne lieraient pas strictement les institutions. Ces dernières ne seraient contraintes que par l'accomplissement de la finalité, sans être strictement liées par les moyens pour y parvenir. Ce n'est que dans la mesure où cette finalité n'est pas remplie ou poursuivie par l'institution que l'acte sera annulé.

20. Ce contrôle européen permet à la fois de soumettre les institutions aux règles supérieures tout en leur octroyant une certaine marge de manœuvre dans l'élaboration des actes de l'Union. Il convient néanmoins de souligner que l'articulation des techniques contentieuses n'est pas exempte de confusions dans la jurisprudence européenne. Elles sont tout d'abord d'ordre terminologique. Le juge européen confond souvent la notion de « formalité substantielle » avec celle d'« irrégularité de procédure »<sup>36</sup>. Cette confusion figure également dans des travaux

---

<sup>35</sup> A. CALOGEROPOULOS, *Le contrôle de légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, LGDJ, 1983, p. 191.

<sup>36</sup> Par exemple : Trib. de la Fonction Publique, 7 juillet 2010, *Stanislovas Tomas c/ Parlement*, aff. F-116/07, après avoir rappelé clairement que le régime contentieux dépend de la qualification de forme substantielle ou d'irrégularité de procédure, le Tribunal déclare que « *le non-respect de la formalité que représente l'information préalable du comité du personnel, prévue par la réglementation interne du Parlement, bien qu'ayant un caractère obligatoire pour l'institution qui l'a volontairement adoptée, ne peut pas être qualifié de violation d'une forme substantielle, dans la mesure où son omission,*

doctrinaux. Par exemple, Francis Donnat indique que « le caractère substantiel de la forme découle de deux considérations distinctes »<sup>37</sup> dont le « le fait que le respect de la formalité aurait été de nature à changer le sens de la décision attaquée »<sup>38</sup>.

21. Plus sérieuses sont les difficultés relatives à la notion de formalité substantielle. Bien que le juge européen ait entrepris un effort de définition, la notion reste fuyante. Les juridictions européennes sont parfois en désaccord sur la qualification à donner à telle ou telle règle procédurale. La jurisprudence n'est, par exemple, toujours pas fixée sur le fait de savoir si le respect des droits de la défense est une formalité substantielle<sup>39</sup>. Les avocats généraux déplorent, à cet égard, ce manque de précision<sup>40</sup>. En tout état de cause, le contrôle européen du vice de procédure est intéressant en théorie et son efficacité peut se forger au prix d'une grande rigueur. Le contrôle opéré par le juge européen invite à reconsidérer la pertinence et la réalité du contrôle exclusif des vices substantiels par le juge administratif français. Or il semble que le juge administratif persiste à assurer un équilibre entre sécurité juridique et légalité en utilisant les théories des formalités et des vices substantiels.

## ***II. Combinaison persistante des formalités et des vices substantiels par le juge administratif français***

22. A la lumière de la jurisprudence européenne, il est possible de retrouver, dans la jurisprudence française, le souci du juge de préserver l'équilibre entre légalité et sécurité juridique. En 2011, le juge a pourtant fait le choix de la théorie des vices substantiels. Il est toutefois possible d'interpréter ces vices comme issus de règles procédurales substantielles, lesquelles assignent des finalités à l'Administration **(A)**. Certaines règles procédurales semblent par ailleurs être

---

*quoique constitutive d'une faute de service, n'aurait pas pu avoir une incidence décisive sur le déroulement de la procédure ayant abouti à la résiliation du contrat d'emploi du requérant* ». De même, voir Trib. UE, 17 février 2011, *Zhejiang Xinshiji Foods et Hubei Xinshiji Foods c/ Conseil*, aff. T-122/09 ; Trib. UE, 13 décembre 2013, *Hongrie c/ Commission européenne*, *op. cit.*

<sup>37</sup> F. DONNAT, « Le contrôle juridictionnel des institutions et de l'administration de l'Union » in J.-B. AUBY, J. DUHTEIL DE LA ROCHERE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2<sup>ème</sup> éd., Bruylant, 2014, p. 246.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> Décisions juridictionnelles dans lesquelles la méconnaissance des droits de la défense est qualifiée d'irrégularité de procédure : CJCE, 11 novembre 1987, *République française c/ Commission des Communautés européennes*, aff. 259/85 ; Trib. UE, 11 septembre 2014, *Gold East Paper (Jiangsu) Co. Ltd et Gold Huasheng Paper (Suzhou Industrial Park) Co. Ltd c/ Conseil de l'Union européenne*, *op. cit.* ; Décisions juridictionnelles dans lesquelles les droits de la défense sont qualifiés de formalité substantielle : CJCE, 7 mai 1991, *Interhotel c/ Commission*, *op. cit.*

<sup>40</sup> P. MENGOZZI, concl. sur CJUE, 17 mars 2016, *Bensada Benallal*, *op. cit.* ; E. SHARPSTON, concl. sur CJUE, 20 septembre 2018, *Royaume d'Espagne c/ Commission européenne*, C-114/17 P.

objectivement sanctionnées. Le juge demeure néanmoins hésitant **(B)**. Il résulte de tout cela que le choix opéré dans l'arrêt *Danthony* mérite d'être relativisé.

### A. Règles substantielles assignant des finalités à l'Administration

23. Si le juge administratif français a, semble-t-il, fait le choix de la théorie des vices substantiels dans l'arrêt *Danthony* et, à travers elle, de la sécurité juridique, il convient d'interpréter les règles ainsi sanctionnées comme des règles substantielles assignant des finalités à l'Administration. Ces dernières ne seront sanctionnées que si le vice a privé d'objet la règle procédurale prévue par les textes. Si l'irrégularité commise par l'Administration n'a pas empêché cette dernière d'accomplir l'objectif que la procédure entend poursuivre, l'annulation de l'acte n'est pas justifiée. C'est ce qu'analyse une partie de la doctrine dans la jurisprudence du juge administratif. Par exemple, Stéphanie Douteaud relève que plusieurs auteurs identifient la mise en œuvre de la technique des vices substantiels à partir du moment où le juge adoptait « *une démarche finaliste* »<sup>41</sup>. Si l'autorité administrative a été empêchée, par le vice, de « *satisfaire le but ou l'objectif en vue duquel la règle transgressée a été adoptée* »<sup>42</sup>, alors l'annulation de l'acte est justifiée. Dans le cas contraire, le fait que l'objectif ait été « *pleinement atteint* »<sup>43</sup> malgré l'irrégularité commise justifie que l'acte soit maintenu.

24. Cette conception de la règle de procédure permet en effet de justifier plusieurs pans de la jurisprudence administrative du vice de procédure. Cela explique, en premier lieu, qu'un acte n'est pas annulé si des formalités « *compensatrices* »<sup>44</sup> de l'irrégularité sont remplies en vue de satisfaire le but pour lequel la procédure a été prévue. Le juge se satisfait alors de ce que l'Administration accomplit l'objectif assigné par les textes par d'autres moyens que ceux qu'ils prévoyaient<sup>45</sup>.

25. En deuxième lieu, cette conception permet de comprendre pourquoi le juge s'attache à contrôler le respect de l'effet utile des procédures. Dans le cadre du contrôle de la légalité de l'enquête publique ou de la déclaration d'utilité publique, le juge vérifie par exemple expressément

---

<sup>41</sup> S. DOUTEAUD, « Jurisprudence Danthony : théorie des moyens inopérants, des formalités non substantielles ou des vices non substantiels ? », *op. cit.*, p. 119.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> G. JÈZE, « Les formes en droit administratif français », *RDP 1922*, cité par *Ibid.*

<sup>44</sup> S. DOUTEAUD, « Jurisprudence Danthony : théorie des moyens inopérants, des formalités non substantielles ou des vices non substantiels ? », *op. cit.*, p. 120.

<sup>45</sup> Stéphanie Douteaud cite à cet égard la décision du Conseil d'Etat du 30 juin 2016, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes*, n° 393805, p. 120.

que l'irrégularité n'a pas « *pu avoir pour effet de nuire à l'information complète de la population* »<sup>46</sup> de telle sorte que l'application de la règle de procédure a effectivement eu pour conséquence d'éclairer le choix de l'Administration. Il exige ainsi que la mise en œuvre de la procédure ait un effet utile<sup>47</sup>. Pour cette raison, le juge censure en outre une décision administrative pour illégalité alors même que les règles procédurales ont été formellement respectées. C'est précisément parce que les modalités d'une concertation ont été exécutées « *dans des conditions les privant de tout effet utile* », n'ayant « *pas permis d'associer réellement le public à l'élaboration du projet de plan local d'urbanisme* » que la délibération approuvant un PLU doit être annulée<sup>48</sup>.

26. En troisième lieu, cette perception de la règle de procédure explique aussi la marge de manœuvre qu'octroie le juge administratif à l'Administration avec la « *jurisprudence* » de la *formalité impossible* »<sup>49</sup>. Cette dernière consiste pour le juge à refuser d'annuler un acte administratif dont l'adoption est entachée d'une irrégularité de procédure dans les cas où l'Administration s'est retrouvée dans l'impossibilité d'accomplir cette exigence procédurale. Alors que les fondements d'une telle théorie demeurent « *énigmatiques* »<sup>50</sup>, le caractère de finalité des règles de procédure contribue à la justifier. En effet, dans ce cadre, les règles de procédure sont envisagées comme des obligations de moyen et non comme des obligations de résultat. Dès lors, l'acte administratif entaché d'un vice de procédure n'a pas à être annulé puisque que l'Administration a déployé ses meilleurs efforts pour respecter la procédure mais certaines circonstances l'ont empêché d'y parvenir. L'idée de l'assignation d'une obligation de moyen à l'Administration est corroborée par le fait que « *la charge de la preuve d'une impossibilité matérielle pèse sur la partie qui l'invoque. Elle doit non seulement convaincre le juge que les circonstances se sont bien produites, mais encore qu'elles rendaient impossible le déroulement normal de la procédure* »<sup>51</sup>. L'Administration doit donc prouver qu'elle a tout mis en œuvre pour respecter cette procédure mais qu'en dépit de ces efforts, elle n'y est pas parvenue.

27. Ainsi le juge accorde-t-il manifestement une marge de manœuvre à l'Administration dans l'application des règles procédurales, confirmant l'hypothèse selon laquelle certaines règles de procédure sont substantielles et assignent une finalité à poursuivre à l'Administration. Cette

---

<sup>46</sup> A. BRETONNEAU et X. DOMINO, « Jurisprudence Danthony : bilan après 18 mois », *op. cit.*, p. 1734.

<sup>47</sup> Voir par exemple, CE, 12 juillet 2019, *Fédération nationale des chasseurs*, n° 424600.

<sup>48</sup> TA Melun, 2 février 2018, *Association Renard et Association d'environnement du Réveillon*, n° 1309483, *AJDA* 2018, p. 956.

<sup>49</sup> S. SAUNIER, « La théorie des formalités impossibles ou l'impossible théorie », *RFDA* 2020, p. 1082.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 1089.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 1088.

appréciation contentieuse ne tend donc pas exclusivement à préserver la stabilité des situations juridiques mais entend laisser une certaine liberté à l'Administration dans la recherche de la décision raisonnable à adopter.

28. Il apparaît en outre que le juge administratif persiste à sanctionner objectivement d'autres règles procédurales. La mise en œuvre de la théorie des formalités substantielles est hésitante mais permet à nouveau de nuancer le prétendu choix de la sécurité juridique opéré par le juge administratif en 2011.

## **B. Hésitation de la sanction objective de certaines règles procédurales**

29. Il semble que le juge administratif français persiste à appliquer la théorie des formalités substantielles car certaines règles de procédure sont sanctionnées objectivement. Le raisonnement du juge serait donc, à l'instar de celui du juge européen, articulé autour des deux techniques contentieuses étudiées. D'une part, le juge administratif a déjà expressément exclu deux procédures du filtre *Danthony* **(1)**. D'autre part, il est possible d'identifier des formalités substantielles dont le respect est implicitement contrôlé par le juge **(2)**.

### **1. Exclusion du filtre *Danthony***

30. D'une part, le juge a expressément prévu que deux procédures échappent à l'emprise du filtre *Danthony*. La méconnaissance de ces règles entraîne directement la nullité de l'acte administratif. Il s'agit d'abord des procédures qui ont pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte. Le juge admet donc, dans certains cas, que la procédure détermine la compétence. Néanmoins, ce rapport entre procédure et compétence est apprécié strictement. Les règles procédurales exclues du filtre ne concernent que les avis conformes, c'est-à-dire les consultations qui contraignent l'autorité compétente à suivre l'avis de l'organe consulté. Ce dernier est notamment considéré comme le coauteur de la décision<sup>52</sup>.

31. Le juge contrôle objectivement le respect de ces règles. Il estime que l'omission de la procédure affectant la compétence de l'autorité administrative emportera l'annulation de l'acte<sup>53</sup>. Certes, le juge prend en compte la nature du vice qui affecte la règle procédurale, n'obéissant pas pleinement à la logique des formalités substantielles. Une simple irrégularité n'emporte pas

---

<sup>52</sup> P. CASSIA, note sous CE, 17 février 2012, *Société Chiesi SA*, n° 332509, *RFDA* 2012, p. 303.

<sup>53</sup> CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, *op. cit.*

d'office l'annulation de l'acte. Le contrôle s'opère néanmoins dans une démarche objective. Le juge ne s'intéresse pas aux effets substantiels ou non engendrés par l'omission de la procédure. Il borne son examen au constat de l'inapplication de la règle procédurale. Par ailleurs, le juge a pu prononcer l'annulation d'un acte administratif lorsqu'une simple imperfection entachait la procédure d'avis conforme. Par exemple, l'avis conforme du ministre de la fonction publique intervenu postérieurement à l'édition de l'arrêté litigieux affecte la compétence de l'auteur de l'acte<sup>54</sup> et entraîne immédiatement l'annulation de la décision.

32. Le juge sanctionne ensuite objectivement l'obligation pour le Gouvernement de consulter le Conseil d'Etat sur les décrets. N'étant pas un avis conforme, cette consultation du Conseil d'Etat n'est plus considérée comme affectant la compétence de l'auteur de l'acte, mais comme affectant la régularité de la procédure<sup>55</sup>. Par ailleurs, la simple imperfection entachant cette procédure suffit, cette fois-ci, à fonder l'annulation de l'acte administratif<sup>56</sup>. Cette exception a été admise par le juge pour deux raisons. Maud Vialettes explique dans ses conclusions que « *contrairement aux autres avis qui ne restreignent la marge de manœuvre du Gouvernement pour arrêter la version définitive de ce texte que quant aux questions qui ont été soumises aux organismes ayant rendu ces avis* »<sup>57</sup>, le Gouvernement n'est pas libre dans ce cadre d'édicter des mesures qui n'auraient pas fait l'objet d'un examen par le Conseil d'Etat. Toutefois, si les autorités administratives ne sont pas contraintes de soumettre toutes les normes qu'elles édictent à l'avis d'autres organismes de consultation, l'obligation de consulter reste la même et ce, quelle que soit l'étendue de la consultation. Une telle justification n'est donc pas convaincante.

33. Maud Vialettes affirme également de manière péremptoire que les irrégularités entachant la consultation du Conseil d'Etat ont « *nécessairement* »<sup>58</sup> pour effet d'exercer une influence sur le sens de la décision ou de priver les destinataires de l'avis d'une garantie. Néanmoins, la rapporteure publique reconnaît alors que la procédure assigne une finalité à l'Administration. Cela n'explique donc pas pourquoi les autres procédures consultatives, nécessairement instituées dans

---

<sup>54</sup> CAA Paris, 16 novembre 2015, *Ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement et de la recherche c/ Association « Sauvons l'Université »*, n° 14PA03556.

<sup>55</sup> CE, Sect., 25 janvier 1957, *Sieur Keinde Serigne*, Rec. p 63 ; CE, Sect., 1er juin 1962, *Union générale syndicale des mandataires des halles centrales*, Rec. p 362 ; CE, Sect., 28 mai 1971, *Association des directeurs d'instituts et de centres universitaires d'études économiques régionales*, Rec. p 390 ; CE, Ass., 9 juin 1978, *SCI 61-67 bld Arago*, Rec. p 237.

<sup>56</sup> M. VIALETES, concl. sur CE, 17 juillet 2013, *Syndicat national des professionnels de santé au travail et autres*, n° 358109.

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> *Ibid.*

le but, au moins, d'exercer une influence sur le sens de la décision, ne doivent pas faire l'objet d'un contrôle objectif.

34. Cette solution peut s'expliquer par l'importance institutionnelle du Conseil d'Etat et par son rôle consultatif constitutionnel dans l'élaboration des projets de loi. Il apparaît néanmoins que le juge administratif a surtout identifié une règle procédurale qu'il ne pouvait envisager que comme une finalité assignée à l'Administration. Il n'a pas admis que le Gouvernement dispose d'une marge de manœuvre dans la poursuite du but pour lequel la procédure d'adoption du décret a été instituée, ni qu'il puisse être éclairé par d'autres lumières que celles du Conseil d'Etat. Cette solution révèle en définitive d'une règle procédurale peut être considérée comme une condition de validité de l'acte. Au regard de de cette décision, il serait donc bénéfique que le juge et, avant lui, le législateur, s'interrogent plus profondément sur les règles de procédure qui doivent être considérées comme telles. Cela renforcerait la cohérence et la pertinence du contrôle du juge, et permettrait de soumettre plus rigoureusement l'Administration au respect des règles prévues par les textes.

## **2. Contrôle objectif du respect de la procédure**

35. En dehors des exceptions prévues explicitement par le juge, il est possible, d'autre part, de s'interroger sur l'existence implicite d'autres formalités substantielles. Cette question se pose particulièrement pour les procédures instituant des garanties au profit des administrés. Camille Broyelle explique notamment que les privations de garantie sont des « *formalités (...) sanctuarisées* »<sup>59</sup>. Cette formule prête à confusion car la privation d'une garantie est l'effet d'un vice qui entache une procédure instituant une garantie. Les propos de l'auteure reflètent néanmoins l'attention particulière que le juge porte à l'égard de ces règles procédurales. Cela lui permet, en réalité, d'affirmer que « *les efforts déployés [par le juge] pour poser a règle (...) tranchent avec la portée, somme toute modeste, de l'évolution* »<sup>60</sup>. L'existence de ces formalités sanctuarisées rappelle en effet « *l'état ancien du droit* »<sup>61</sup> à l'auteure. Cette attention particulière du juge se manifeste à plusieurs titres.

36. Tout d'abord, les commentateurs autorisés du Conseil d'Etat indiquent que le juge examine en priorité si la procédure est constitutive d'une garantie, et si le vice en a privé les intéressés, avant de se demander si le vice a été susceptible d'avoir une influence sur le contenu

---

<sup>59</sup> C. BROYELLE, « L'impact du vice de procédure sur la légalité de l'acte administratif », *op. cit.*, p. 14.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> *Ibid.*

de la décision<sup>62</sup>. La priorité accordée aux garanties rappelle alors l'attitude du juge européen qui cherche en premier lieu à savoir s'il est en présence d'une forme substantielle.

37. Par ailleurs, l'analyse de la jurisprudence démontre que le juge administratif n'opère pas toujours un contrôle *in concreto* du respect des règles instituant des garanties. Certes, le juge administratif a rapidement « privilégié une approche concrète de la privation des garanties »<sup>63</sup>. Selon lui, même l'omission d'une procédure constitutive d'une garantie n'emporte pas nécessairement l'annulation de la mesure contestée<sup>64</sup>. Toutefois, ce contrôle n'est pas homogène. En premier lieu, dans beaucoup de cas, l'omission d'une procédure constitutive d'une garantie entraîne directement l'annulation de la décision, sans que le juge n'évalue les effets de l'omission, ou ne recherche si la garantie a été assurée par d'autres moyens. Ainsi en est-il du défaut de consultation des commissions administratives paritaires dans le cadre d'une procédure de mutations de fonctionnaires comportant changement de résidence ou modification de la situation des intéressés<sup>65</sup> ou encore de l'absence de consultation<sup>66</sup> de la commission de réforme sur l'imputabilité d'un accident ou d'une maladie au service lorsqu'il n'était pas manifeste que les affections du requérant n'étaient pas imputables au service<sup>66</sup>. En outre, le juge estime parfois que l'omission d'une procédure garantissant les droits des administrés prive « nécessairement »<sup>67</sup> les intéressés de cette garantie.

38. De surcroît, les simples imperfections entachant une procédure constitutive d'une garantie peuvent être objectivement sanctionnées. Ainsi, le titulaire du droit de préemption qui n'a pas attendu l'expiration du délai d'un mois dans lequel le directeur du service des domaines doit donner un avis sur le prix de l'immeuble à aliéner, ne peut procéder régulièrement à l'acquisition. La Cour administrative d'appel de Versailles a estimé que « la consultation du service des domaines préalablement à l'exercice du droit de préemption par le titulaire de ce droit constitue une garantie tant pour ce dernier que pour l'auteur de la déclaration d'intention d'aliéner »<sup>68</sup>. La Cour, sans s'interroger sur l'effectivité, en l'espèce, de la garantie, estime que la méconnaissance de ce délai d'un mois, à six

---

<sup>62</sup> A. BRETONNEAU et X. DOMINO, « Jurisprudence Danthony : bilan après 18 mois », *op. cit.*, p. 1734

<sup>63</sup> S. DOUTEAUD, « Jurisprudence Danthony : théorie des moyens inopérants, des formalités non substantielles ou des vices non substantiels ? », *op. cit.*, p. 120.

<sup>64</sup> CE, 19 juin 2013, *Fédération professionnelle des entreprises du sport et des loisirs*, n° 352898, *AJDA* 2013, p. 1310, cité par A. BRETONNEAU et X. DOMINO, « Jurisprudence Danthony : bilan après 18 mois », *op. cit.*, p. 1736.

<sup>65</sup> CAA Lyon, 15 janvier 2020, *M. D. c/ SDIS du Rhône*, n° 19LY02740.

<sup>66</sup> CAA Versailles, 16 janvier 2020, *M. C. c/ Commune de Taverny*, n° 17VE00576.

<sup>67</sup> CAA Marseille, 2 décembre 2019, *M. et Mme D. J.*, n° 18MA02638.

<sup>68</sup> CAA Versailles, 23 janvier 2020, *Commune d'Itteville*, n° 18VE03130.



jours près, avant de procéder librement à l'acquisition est de « *nature à justifier l'annulation de l'arrêté litigieux* »<sup>69</sup>. C'est également ce qu'il s'est passé pour la méconnaissance de la faculté pour l'étranger, susceptible de faire l'objet d'une mesure d'éloignement, de présenter des observations écrites ou orales<sup>70</sup>.

39. D'autres éléments renforcent enfin cette impression d'objectivité. La motivation très circonscrite de certaines décisions peut laisser penser que le juge ne s'attarde pas sur les circonstances de l'espèce, et qu'il opère en conséquence un contrôle objectif<sup>71</sup>. Par ailleurs, la jurisprudence a pu faire l'objet d'une certaine systématisation, *a priori* incompatible avec la mise en œuvre d'un contrôle *in concreto*. Par exemple, Camille Giraud a dressé l'inventaire des procédures qualifiées de garanties par le juge administratif. Elle relève que certaines d'entre elles sont « *intangibles* »<sup>72</sup> de telle sorte que le contrôle juridictionnel opéré à leur égard « *retrouve toute son objectivité* »<sup>73</sup>. Ainsi l'auteure cite-t-elle le contrôle du respect de l'obligation de consulter le conseil d'enquête avant toute sanction disciplinaire du troisième groupe appliqué à un militaire ou alors celui de l'obligation pour une commune de mettre en demeure les propriétaires riverains d'un chemin rural qu'elle entend céder<sup>74</sup>.

40. Le contrôle du respect de certaines procédures instituant des garanties permet ainsi de douter de la disparition de la théorie des formalités substantielles<sup>75</sup>. La coexistence persistante de

---

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> CAA Versailles, 11 juillet 2019, *M. B. c/ Préfet du Val d'Oise*, n° 18VE02581. Pour d'autres exemples CAA Marseille, 14 octobre 2019, *Ministre de l'intérieur c/ M. C.*, n° 19MA02392 : le juge estime que le choix, par le pouvoir réglementaire, de l'entretien téléphonique, « *alors que le téléphone n'a pas le caractère de moyen de communication audiovisuelle* » comme le requiert la loi, en vue que l'agent de l'office français de protection des réfugiés et des apatrides décide si la demande d'asile déposée par l'étranger en zone d'attente n'est pas manifestement infondée, est un excès de compétence de l'autorité réglementaire. Dès lors, la décision de recourir à un entretien téléphonique plutôt qu'à un entretien audiovisuel dans le cadre de l'espèce est illégal. La Cour administrative d'appel de Marseille juge que « *compte tenu de la finalité de cet entretien, par lequel l'Office (...) émet un avis sur l'absence manifeste de pertinence de la demande d'asile au regard des conditions d'octroi de l'asile et de crédibilité en ce qui concerne le risque de persécutions ou d'atteintes graves* », l'entretien par voie téléphonique a été « *de nature à priver M. A... d'une garantie* ». Le juge qualifie ainsi la procédure de garantie en même temps qu'il constate la privation de garantie. Il n'évalue pas non plus les effets de l'irrégularité et ne recherche pas si la garantie a été effectivement assurée par d'autres moyens.

<sup>71</sup> Par exemple, CAA Bordeaux, 6 février 2020, *Ministre de l'agriculture contre SA Château de Giscours*, n° 17BX02880.

<sup>72</sup> C. GIRAUD, « Bilan des garanties au sein de la jurisprudence Danthony », *JCP A 2018*, n° 2, comm. 2026, p. 55.

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> Le juge fait en outre mention de l'existence de « *formalité substantielle* » en dehors de toute application du considérant *Danthony*. Le juge y fait notamment référence à l'égard de la procédure relative au retrait de points sur le permis de conduire (CE, 25 février 2019, *M. A.*, n° 423993 ; CE 26 avril 2018, *Mme A.*, n° 408804 ; CE,

ces deux méthodes dans le contentieux administratif français conduit à relativiser le choix opéré par le juge administratif français dans l'arrêt *Danthony*. La jurisprudence administrative manifeste une certaine hésitation, qui est l'occasion de souhaiter que le spectre des formalités substantielles soit élargi, et que le juge fasse précisément le départ entre les règles qui conditionnent la compétence de l'autorité administrative et la validité de l'acte, et les procédures qui n'imposeraient qu'une finalité à l'Administration. Une articulation plus assumée de ces deux techniques contentieuses, telle qu'elle est opérée par le juge européen, garantirait un meilleur équilibre entre la sécurité juridique et le principe de légalité.

---

9 décembre 2016, Ministre de l'Intérieur, n° 395893). Or il est remarquable que le juge associe parfois à cette expression les effets qu'il est convenu d'attendre. Ainsi, l'absence d'information de l'infraction au code de la route, prévue aux articles L. 223-3 et R. 223-3 du Code de la Route est une formalité substantielle qui « conditionne la régularité de la procédure au terme de laquelle le retrait de points est décidé » (CE, 25 février 2019, *M. A.*, n° 423993). En l'absence de transmission d'un tel document, le requérant est fondé à demander l'annulation de son retrait de points, sans que le juge vérifie que l'absence d'information aurait effectivement privé l'intéressé d'une garantie ou aurait eu une influence sur le sens de la décision. Les raisons d'une telle démarche sont évidentes. Il est compréhensible que dans le cadre d'une procédure de sanction, l'administration ne dispose d'aucune marge de manœuvre dans la mise en œuvre des règles procédurales, comme une juridiction n'a pas de marge de manœuvre dans l'application de la procédure juridictionnelle.