



**HAL**  
open science

# Sécurité juridique et hiérarchisation des illégalités dans le contentieux de l'excès de pouvoir

Olga Mamoudy

► **To cite this version:**

Olga Mamoudy. Sécurité juridique et hiérarchisation des illégalités dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Actualité juridique Droit administratif, 2019, 19, pp.1108. <halshs-02449359>

**HAL Id: halshs-02449359**

**<https://shs.hal.science/halshs-02449359v1>**

Submitted on 26 Mar 2025

**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.



HAL Authorization

# Sécurité juridique et hiérarchisation des illégalités dans le contentieux de l'excès de pouvoir

Olga Mamoudy, Professeur de droit public, université polytechnique des Hauts-de-France (UPHF) - IDP

## L'essentiel

Pour préserver la sécurité juridique, le juge de l'excès de pouvoir s'est engagé depuis plus de quinze ans dans un mouvement sans précédent de hiérarchisation des illégalités commises par l'administration. Il distingue ainsi les irrégularités peu graves - procédurales et formelles - des irrégularités graves - tenant au fond de l'acte et à la compétence de son auteur. En principe, lorsqu'une irrégularité est considérée comme peu grave, la protection juridictionnelle du principe de légalité est moins forte qu'en cas d'irrégularité jugée grave. Cette hiérarchisation manque toutefois globalement de cohérence. Il est, en effet, impossible d'identifier une échelle fixe de gravité des irrégularités et le juge se montre parfois indifférent à la gravité de l'irrégularité affectant l'acte administratif.

Toutes les illégalités commises par l'administration ne se valent pas devant le juge de l'excès de pouvoir. Ce constat, que commandaient déjà la jurisprudence ancienne relative aux vices non substantiels et le régime des moyens d'ordre public, s'impose toutefois aujourd'hui de manière renouvelée. Pour préserver la sécurité juridique - entendue ici comme la stabilité des situations juridiques fondées sur un acte administratif unilatéral entaché d'une irrégularité - le juge administratif s'est engagé depuis plus de quinze ans dans un mouvement sans précédent de hiérarchisation des illégalités commises par l'administration. Il a ainsi construit progressivement un système autonome d'ordonnement des normes en fonction de leur valeur. Il assure une protection juridictionnelle accrue de celles qu'il estime importantes (tenant à la compétence et à la légalité interne de l'acte). Il limite, à l'inverse, la garantie de celles considérées comme l'étant moins (tenant à la forme et à la procédure d'édiction des actes).

Ce mouvement, dont l'ampleur et le caractère systématique sont inédits en contentieux administratif français, trouve son origine au début des années 2000 avec les jurisprudences *Institut de recherche pour le développement* (CE 10 déc. 2003, n° 248950, Lebon ; AJDA 2004. 394 , note J.-D. Dreyfus ) et *AC!* (CE, ass., 11 mai 2004, n° 255886, Lebon avec les concl. ; AJDA 2004. 1183 , chron. C. Landais et F. Lenica ; et 1049, tribune J.-C. Bonichot ; et 2014. 116, chron. J.-E. Schoettl ; D. 2004. 1603, chron. B. Mathieu ; et 2005. 26, obs. P.-L. Frier ; Just. & cass. 2007. 15, étude J. Arrighi de Casanova ; RFDA 2004. 438, note J.-H. Stahl et A. Courrèges ; et 454, concl. C. Devys ). Ces arrêts ouvrent une nouvelle ère du contrôle des irrégularités affectant les actes administratifs unilatéraux. La question de la gravité de l'irrégularité devient alors centrale dans l'appréciation du juge pour savoir, d'abord, s'il convient d'annuler l'acte et, lorsque l'annulation s'impose, pour déterminer ensuite l'étendue de ses conséquences. Cette hiérarchisation entre illégalités graves, d'une part, et illégalités moins graves, d'autre part, fait partie intégrante du contentieux de l'excès de pouvoir. On ne peut plus affirmer aujourd'hui que toute illégalité, quelle que soit sa nature ou la cause juridique dont elle relève, entraîne l'annulation rétroactive de l'acte.

Le cumul des jurisprudences *AC!* (préc.), *Danthony* (CE, ass., 23 déc. 2011, n° 335033, Lebon ; AJDA 2012. 195 , chron. X. Domino et A. Bretonneau ; et 1484, étude C. Mialot ; et 1609, tribune B. Seiller ; RFDA 2012. 284,

concl. G. Dumortier ; et 296, note P. Cassia ; et 423, étude R. Hostiou ) et *CFDT finances* (CE, ass., 18 mai 2018, n° 414583, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, Lebon avec les concl. ; AJDA 2018. 1009 ; AJDA 2018. 1206 , chron. S. Roussel et C. Nicolas ; AJCT 2018. 528, obs. G. Le Chatelier ; RFDA 2018. 649, concl. A. Bretonneau ) crée un régime limité de contrôle et de censure de la légalité formelle et procédurale de l'acte. Dès les premières applications de la jurisprudence *AC!*, il est établi que la modulation sera plus facilement mise en oeuvre pour des annulations fondées sur des vices de procédure que pour des annulations sur le fond (v. C. Devys, concl. sur l'arrêt *AC!*, RFDA 2004. 454 et J.-H. Stahl et A. Courrèges, La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse - Note à l'attention de Monsieur le Président de la section du contentieux, RFDA 2004. 438 ). Pour le contrôle de la légalité de l'acte administratif unilatéral, l'arrêt *Danthony* prend le relais de la théorie des vices non substantiels en systématisant les cas où le vice de procédure n'est pas constitutif d'une illégalité. Aujourd'hui, la censure juridictionnelle est réservée aux « irrégularités décisives », comme les nomme Aurélie Bretonneau dans ses conclusions sur l'arrêt *CFDT finances* - celles qui ont été susceptibles d'exercer une influence sur le sens de la décision prise ou qui ont privé les intéressés d'une garantie. Plus récemment, l'arrêt *CFDT finances* a fermé le contrôle de la légalité formelle et procédurale de l'acte réglementaire dans le cadre de l'exception d'illégalité et du recours formé contre le refus de l'abroger. Ces trois arrêts instaurent un affaiblissement de la garantie juridictionnelle des exigences de forme et de procédure - quel que soit, par ailleurs, le rang de ces exigences dans la hiérarchie formelle des normes (constitutionnel, conventionnel, législatif, etc.).

Le plein contentieux contractuel connaît également un mouvement sans précédent de hiérarchisation des illégalités affectant le contrat en fonction de leur degré de gravité. Le caractère systématique de la prise en compte par le juge de la nature de l'illégalité commise est lié, dans ce contentieux, à l'obtention par les tiers de moyens juridictionnels leur permettant d'atteindre directement le contrat. Depuis l'arrêt *Institut de recherche pour le développement* de 2003, le juge de l'exécution doit prendre en compte la « nature de l'illégalité » commise pour tirer les conséquences de l'annulation de l'acte détachable sur le contrat. Il ne sera donc annulé que si l'illégalité de l'acte détachable est suffisamment grave pour justifier une telle sanction - soit très rarement -, assurant ainsi la sécurité juridique des contrats menacée par la reconnaissance d'un pouvoir d'injonction au juge administratif. L'accès direct des tiers au juge du contrat, initié en 2007 avec l'arrêt *Tropic* (CE, ass., 16 juill. 2007, n° 291545, *Société Tropic travaux signalisation*, Lebon avec les concl. ; AJDA 2007. 1577 , chron. F. Lenica et J. Boucher ; et 1497, tribune S. Braconnier ; et 1777, tribune J.-M. Woehrling ; D. 2007. 2500 , note D. Capitant ; RDI 2007. 429, obs. J.-D. Dreyfus ; et 2008. 42, obs. R. Noguellou ; et 2009. 246, obs. R. Noguellou ; RFDA 2007. 696, concl. D. Casas ; et 923, note D. Pouyaud ; et 935, étude M. Canedo-Paris ; RTD civ. 2007. 531, obs. P. Deumier ), confirme la volonté du Conseil d'Etat de sécuriser les contrats administratifs illégaux en imposant au juge administratif de toujours prendre en compte la nature de l'illégalité pour déterminer le sort du contrat irrégulier (v. égal. en ce sens, CE 23 déc. 2011, n° 348647, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, Lebon ; AJDA 2012. 5 ; et 1064 , note M. Quyyollet ; RDI 2012. 282, obs. R. Noguellou ; AJCT 2012. 315, obs. E. Lanzarone ; RFDA 2012. 683, note P. Delvolvé pour le déféré préfectoral contre le contrat). Depuis les arrêts *Béziers I* (CE, ass., 28 déc. 2009, n° 304802 , *Commune de Béziers*, Lebon avec les concl. ; AJDA 2010. 142 , chron. S.-J. Lieber et D. Botteghi ; RDI 2010. 265, obs. R. Noguellou ; RFDA 2010. 506, concl. E. Glaser ; et 519, note D. Pouyaud ) et *Tarn-et-Garonne* (CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, *Département de Tarn-et-Garonne*, Lebon avec les concl. ; AJDA 2014. 1035 , chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; et 945, tribune S. Braconnier ; D. 2014. 1179, note M. Gaudemet et A. Dizier ; RFDA 2014. 425, concl. B. Dacosta ; et 438, note P. Delvolvé ), seules les irrégularités d'une « particulière gravité », comme le contenu illicite du contrat ou un vice du consentement, peuvent entraîner son annulation (pour un ex. récent, v. CE 15 mars 2019, n° 413584, *Société anonyme gardéenne d'économie mixte*, Lebon ; AJDA 2019. 606 ).

La hiérarchisation des illégalités commises par l'administration est ainsi assumée depuis près de quinze ans par le juge

administratif. Elle lui permet de ne tirer aucune conséquence de certaines illégalités, soit en renonçant à la sanction juridictionnelle (l'illégalité est alors tolérée, v. not. sur ce point, l'art. de J.-C. Rotoullié dans ce dossier, p. 1094), soit en prononçant une sanction juridictionnelle dont les effets sont limités ou sans conséquence sur l'application de l'acte ou du contrat illégal en cause (l'illégalité est alors censurée mais les effets de la censure sont modulés, v. not. sur ce point, l'art. de C. Lantero dans ce dossier, p. 1100). Les actes et contrats même illégaux peuvent être maintenus en vigueur dans l'ordre juridique, ce qui préserve incontestablement la sécurité juridique de l'administration et des administrés qui peuvent avoir intérêt au maintien d'une norme illégale.

Seule la hiérarchisation des illégalités dans le contentieux de l'excès de pouvoir sera ici étudiée. Elle présente, certes, un certain nombre de points communs avec celle que l'on peut observer dans le plein contentieux du contrat (ce qui limite la portée de la frontière déjà poreuse entre ces deux contentieux). Il reste qu'elle obéit à une logique spécifique liée au fait que l'annulation n'y est pas (ou pas encore) une sanction résiduelle comme dans le contentieux du contrat. Par ailleurs, la limitation des moyens invocables dans le contentieux du contrat (sans commune mesure avec celle résultant de l'arrêt *CFDT finances en excès de pouvoir*) invite à analyser ce contentieux pour lui-même. Bien que le mouvement soit global en droit administratif, il appelle une analyse sectorielle.

Il s'agira ici de montrer que l'objectif de sécurisation des actes administratifs unilatéraux irréguliers bouleverse en pratique l'économie du recours pour excès de pouvoir.

Une partie de la doctrine organique et universitaire considère aujourd'hui qu'après plusieurs bouleversements de son office lui permettant d'assurer enfin un contrôle effectif d'une part toujours plus importante de l'activité administrative (reconnaissance du pouvoir d'injonction et d'astreinte ; création de procédures d'urgence efficaces ; ouverture de nouveaux recours ; contestation possible d'actes antérieurement injusticiables), le juge de l'excès de pouvoir a finalement trouvé un équilibre satisfaisant entre les exigences de la légalité et celles de la sécurité juridique. En hiérarchisant les illégalités, il ferait prévaloir une conception réaliste du principe de légalité, permettant de sauvegarder l'essentiel (v. en ce sens, P. Delvolvé, *La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires - Des arguments pour ?, RFDA 2018. 665* ) et d'éviter d'annuler pour rien des actes qui pourraient être repris à l'identique, sur le fond, le lendemain.

Cependant, l'étude de la jurisprudence de ces quinze dernières années conduit à mettre en évidence qu'il existe aujourd'hui une surprotection contentieuse de la sécurité juridique au détriment des exigences du principe de légalité et ce, quelle que soit en réalité la nature ou la gravité de l'illégalité en cause. Il ne s'agit donc pas uniquement de prévenir des annulations inutiles en évitant de sanctionner des irrégularités jugées peu graves.

Cette hiérarchisation des illégalités opérée au nom de la sécurité juridique doit être critiquée à un double titre. En premier lieu, il est impossible d'identifier une échelle fixe de gravité des irrégularités. En second lieu, le juge est finalement indifférent à la gravité de l'irrégularité lorsqu'il souhaite éviter que sa décision entraîne de trop amples bouleversements de l'ordre juridique.

### **I - L'impossible identification d'une échelle fixe de gravité des irrégularités**

Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, le juge construit une double hiérarchisation des illégalités. Au stade de l'annulation, il distingue les illégalités graves - qui impliquent l'annulation de l'acte - et les autres - ne donnant lieu à aucune sanction. Au stade de la modulation, lorsqu'il se prononce sur les conséquences de sa décision, le juge procède à une nouvelle appréciation de la gravité du vice qui se détache de celle opérée au stade de l'annulation. Il est dès lors impossible d'objectiver la gravité du vice puisque ce qui est grave au stade de l'annulation ne l'est plus nécessairement au stade de la

modulation.

### A. La gravité du vice au stade de l'annulation

Le juge administratif apprécie d'abord le degré de gravité de l'illégalité commise par l'administration pour contrôler la légalité de l'acte et décider s'il doit l'annuler pour excès de pouvoir. La jurisprudence *Danthony* entraîne, depuis 2011, une hiérarchisation des illégalités procédurales : celles qui ont privé les intéressés d'une garantie ou qui ont été susceptibles d'exercer une influence sur le sens de la décision prise, d'une part, soit les irrégularités graves ; celles qui n'ont privé les intéressés d'aucune garantie et qui n'ont eu aucune incidence sur la décision prise, d'autre part, soit les irrégularités bénignes. Les enjeux attachés à cette distinction sont importants car il s'agit de savoir si l'acte objet du contrôle peut rester en vigueur dans l'ordre juridique en l'état, sans correction de son illégalité (les cas de régularisation ont été exclus de l'analyse car ils permettent de faire disparaître l'irrégularité et de préserver, ainsi, le principe de légalité de l'action administrative).

Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, la hiérarchisation des illégalités en fonction de leur gravité ou de leur importance n'est pas un phénomène nouveau. Bien avant l'arrêt *Danthony*, la théorie des vices non substantiels permettait au juge administratif d'excuser des illégalités formelles ou procédurales jugées mineures (v., par ex., CE 27 juill. 1984, n° 39728, *Bailliou, Lebon* 306 ; CE 27 mars 1987, n° 50835, *Chambre d'agriculture de la Gironde*). Cependant, le principe restait le suivant : un acte entaché d'une illégalité formelle et procédurale devait être annulé, au même titre, par exemple, qu'un acte entaché d'une irrégularité de fond. L'arrêt *Danthony* procède, de ce point de vue, à un changement de paradigme. Il ostracise le vice de procédure administrative préalable en le soumettant à un régime procédural moins protecteur que celui de l'ensemble des autres vices dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Certains vices de procédure - y compris substantiels - ne sont, à présent, plus constitutifs d'une illégalité. Bien que l'administration ait méconnu les procédures prévues par les textes, elle n'est plus sanctionnée par le juge de l'excès de pouvoir.

En tant que telle, la jurisprudence *Danthony* peut être considérée, dans la continuité de la théorie des vices non substantiels, comme atténuant la rigueur d'une application absolutiste du principe de légalité conduisant à ne tolérer aucune erreur, même infime, de l'administration dans la procédure d'édition de l'acte. Elle traduit, pour reprendre les mots de René Hostiou, le rejet d'un « juridisme de mauvais aloi » (Quand une illégalité peut parfois en cacher une autre : de la jurisprudence *Danthony* à la théorie du bilan, RDI 2014. 395). Elle assure également une clarification de l'état du droit en proposant une systématisation des cas où le vice de procédure ne doit pas entraîner l'annulation.

En pratique, la jurisprudence *Danthony* conduit bien plus souvent le juge administratif à neutraliser les illégalités procédurales qu'à les censurer. Un recensement de ses applications devant le Conseil d'Etat (établi par une recherche sur Legifrance avec les mots clés du considérant de principe de l'arrêt *Danthony*) permet en effet de constater que sur 75 décisions rendues (dans lesquelles le juge a statué sur le fond et n'a pas renvoyé l'affaire) entre le 23 décembre 2011 et le 31 décembre 2018, 22 annulations pour vice de procédure ont été prononcées. L'annulation pour vice de procédure se raréfie au contentieux : dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, elle ne représente plus qu'une vingtaine de décisions au cours des sept dernières années. Cette conséquence de la jurisprudence *Danthony* - assurément recherchée par ses concepteurs - limite le respect de la légalité procédurale au bénéfice d'une sécurisation des actes irréguliers. La plupart du temps, cette sécurisation apparaît toutefois équilibrée au regard de l'atteinte portée au principe de légalité. En effet, lorsque le Conseil d'Etat considère qu'un vice de procédure « n'a pas privé les intéressés d'une garantie et n'a pas exercé d'influence sur le sens de la décision prise », il prend en général le soin de motiver cette exclusion, en particulier en tenant compte des circonstances de l'espèce. Ainsi, il est rare qu'il censure les vices tenant à une communication tardive des documents et/ou à une convocation tardive des membres d'un organe consultatif. Il ressort souvent des pièces du dossier

que les documents ont finalement été communiqués en temps utile, soit dans un délai suffisant pour permettre aux intéressés d'en prendre connaissance (v. CE 23 mars 2016, n° 387595, *Conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes*, Lebon T. ; CE 27 avr. 2012, n° 348637, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole SNETAP-FSU*, Lebon ; AJDA 2012. 916 ; et 2013. 1733, chron. X. Domino et A. Bretonneau ), ou que la convocation a été effectuée suffisamment tôt pour permettre la présence effective des membres lors de la réunion (v. CE 16 juill. 2014, n° 363446 , *Fédération départementale des chasseurs de la Charente-Maritime*, Lebon T. ; AJDA 2014. 1521 ; CE 30 déc. 2015, n° 382756 , *Centre indépendant d'éducation de chiens guides d'aveugles*, Lebon T. ; CE 16 oct. 2017, n° 395303, *Société chimique de Oissel*, Lebon T. ; AJDA 2017. 1988 ). Enfin, les vices de procédure intervenus lors d'une procédure consultative n'ayant pas de caractère obligatoire ne sont en général pas sanctionnés (v. CE 19 juin 2013, n° 356084 ).

A l'inverse, le Conseil d'Etat censure presque systématiquement l'omission d'une consultation obligatoire (v. CE 15 mai 2012, n° 339834, *Fédération Interco CFDT*, Lebon T. ; AJDA 2012. 1036 ; CE 17 juill. 2013, n° 354103, *Conseil national de l'ordre des médecins*, Lebon T. ; CE 9 nov. 2015, n° 385962 ; CE 15 avr. 2016, n° 372130, Lebon T. ; AJDA 2016. 1488 ; CE 17 mars 2017, n° 392467 , *Chambre de commerce et d'industrie de région Paris Ile-de-France*, AJDA 2017. 1090 . Pour des exemples d'omission de consultation obligatoire non censurée en raison des circonstances de l'espèce, v. CE 23 juill. 2012, n° 341726, *Association générale des producteurs de maïs*, Lebon ; AJDA 2013. 1733, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; CE 22 oct. 2018, n° 406746, Lebon ; AJDA 2018. 2101 ). Lorsqu'il annule les actes pour vice de procédure, c'est le plus souvent sur le terrain de la privation de garantie (v., par ex., CE 11 juill. 2012, n° 330366, *Hlil*, Lebon T. ; AJDA 2012. 1432 ; AJFP 2012. 242 ; CE 22 oct. 2018, n° 406746 , préc. ; CE 31 déc. 2018, n° 418187, *Union nationale des taxis*, Lebon T.). Des irrégularités affectant la composition d'un organisme (v. CE 10 juin 2013, n° 355791, *Commune de Conflans-Sainte-Honorine*, Lebon T. ; AJDA 2013. 1248 ; et 1733, chron. X. Domino et A. Bretonneau ) ou la publication de l'acte (CE 29 avr. 2013, n° 359472, *Bats*, Lebon ; AJDA 2013. 950 ) peuvent néanmoins être sanctionnées lorsqu'elles ont été susceptibles d'exercer une influence sur le sens de la décision prise.

Si, dans l'ensemble, la jurisprudence *Danthony* permet encore de censurer les manquements graves aux règles de procédure, le maniement des critères de classification des vices qu'elle pose reste délicat. Des vices qui se ressemblent sont ainsi classés, au gré des espèces, dans la catégorie des vices graves et dans celle des vices non graves. Par exemple, l'absence de consultation obligatoire du service des domaines a pu être considérée comme la privation d'une garantie dans un cas (v. CE 23 déc. 2014, n° 364785 , *Communauté urbaine Brest métropole océane*, Lebon ; AJDA 2015. 7 ; RDI 2015. 147, obs. P. Soler-Couteaux - pour une décision de préemption) et comme un vice n'ayant pu priver les intéressés d'aucune garantie et n'ayant eu aucune influence sur le sens de la décision prise dans un autre (v. CE 23 oct. 2015, n° 369113, *Société CFA Méditerranée*, Lebon T. ; AJDA 2015. 2382 , concl. B. Bohnert ; RDI 2016. 36, obs. N. Foulquier et CAA Marseille, 11 juill. 2016, n° 15MA04234 , *STEPPEs*, pour une décision de cession d'un immeuble). De même, les vices affectant la publication des actes sont parfois censurés (v. CE 29 avr. 2013, n° 359472 , *Bats*, préc.), parfois non (v. CE 23 nov. 2015, n° 381249, *Société Altus Energy*, Lebon T. ; AJDA 2015. 2295 ). Par ailleurs, des vices qui *prima facie* semblaient devoir être analysés comme privant les intéressés d'une garantie ont été neutralisés par le Conseil d'Etat. Ainsi de l'absence d'entretien préalable (pourtant prévu par les textes) d'un agent contractuel antérieurement à la décision d'une collectivité territoriale de ne pas renouveler son contrat à durée déterminée (v. CE 26 avr. 2013, n° 355509, *Cella*, Lebon ; AJDA 2013. 885 ; et 1733, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; AJCT 2013. 431, obs. L. Derridj ) ou encore de la composition d'un organisme ne présentant pas les garanties d'indépendance et contraire, de ce fait, à une directive européenne (v. CE 30 juin 2016, n° 393805, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes*, Lebon T.).

Ces exemples montrent que le juge peut instrumentaliser les critères posés par l'arrêt *Danthony* pour faire entrer dans la catégorie des vices véniels certains vices qui n'ont pourtant rien à voir avec ceux qu'il refuse habituellement (et à juste titre) de ne pas censurer. Ces cas limites d'application de la jurisprudence *Danthony* restent toutefois marginaux. Le constat opéré par la doctrine organique lors du bilan des dix-huit mois d'application de cette jurisprudence est aujourd'hui encore valable : en tant que telle, elle n'a pas « chamboulé les fondements du principe de légalité » (v. X. Domino et A. Bretonneau, *Jurisprudence Danthony*: bilan après dix-huit mois, *AJDA* 2013. 1733 ).

Cependant, pour le juge de l'excès de pouvoir, l'annulation pour vice de procédure reste toujours moins grave qu'une annulation sur le fond. L'équilibre sauvegardé par la jurisprudence *Danthony* ne l'est qu'en apparence car les annulations pour vice de procédure sont le terrain d'élection de la jurisprudence *AC!* qui permet de préserver les effets des actes annulés.

### **B. La gravité du vice au stade de la modulation**

Une fois l'annulation prononcée par le juge, il lui appartient, dans le cadre renouvelé de son office, de se prononcer sur ses effets. A ce stade, le juge administratif prend à nouveau en compte la gravité de l'irrégularité fondant l'annulation. Il se détache cependant de la hiérarchisation effectuée au moment de l'annulation pour effectuer une seconde hiérarchisation entre toutes les irrégularités suffisamment graves pour entraîner l'annulation. Dans le cadre de la jurisprudence *AC!*, les vices de procédure deviennent peu graves là où, sur le fondement de la jurisprudence *Danthony*, ils l'étaient particulièrement. Plus globalement, ce qui est grave au stade de l'annulation peut ne plus l'être, ou l'être moins, au stade de la modulation. La hiérarchisation des illégalités varie donc en fonction de l'office du juge de l'excès de pouvoir, ce qui rend impossible toute tentative de systématisation de la gravité du vice.

Lorsque le juge de l'excès de pouvoir s'interroge sur les conséquences de sa décision en application de la jurisprudence *AC!*, le fait que l'annulation soit fondée sur un « simple » vice de procédure apparaît toujours moins grave que si elle l'était sur un autre fondement. Dans le bilan des avantages de la modulation temporelle pour la sécurité juridique et de ses inconvénients pour le respect du principe de légalité, l'irrégularité procédurale ne pèse pas lourd face aux effets parfois dévastateurs d'une annulation rétroactive. Le constat d'une seule irrégularité de procédure facilite incontestablement la mise en oeuvre du pouvoir de modulation temporelle et explique que la jurisprudence *AC!* soit aisément appliquée en cas d'annulation fondée sur un unique vice de procédure. Bien qu'elle distingue des vices de procédure graves et non graves, la jurisprudence *Danthony* n'a pourtant rien changé à l'application de la jurisprudence *AC!*. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Danthony*, Gaëlle Dumortier relève, en faveur de l'application de la modulation, « la disproportion entre les moyens de légalité externe retenus et les effets fragilisant de l'annulation rétroactive » (v. RFDA 2012. 284 ). Lorsque l'annulation est fondée sur un unique vice de procédure, le juge mentionne systématiquement dans les motifs relatifs à la modulation temporelle « la nature du moyen d'annulation retenu » et le fait « qu'aucun des autres moyens soulevés ne peut être accueilli » comme éléments parmi d'autres le conduisant à limiter les effets de l'annulation (v., par ex., CE 12 déc. 2007, n° 296072, *Sire*, Lebon ; *AJDA* 2008. 638 , concl. M. Guyomar ; D. 2008. 1457 , note P.-O. Caille ; *AJFP* 2008. 172 , note R. Gueguen ; CE 19 déc. 2008, n° 312553, *Kierzkowski-Chatal*, Lebon ; *AJDA* 2008. 2427 ; D. 2009. 103 ). Dans les arrêts où les jurisprudences *Danthony* et *AC!* sont cumulées, le juge devient schizophrène. Lors du contrôle de légalité, il se fonde sur la particulière gravité du vice de procédure pour annuler l'acte. Au stade de la modulation, il sous-entend au contraire que le vice de procédure n'est pas si grave que cela (v. CE, ass., 23 déc. 2011, *Danthony*, préc. ; CE 15 mai 2012, *Fédération Interco CFDT*, préc. ; CE 15 mai 2013, n° 337698, *Fédération nationale des transports routiers*, Lebon T. ; *AJDA* 2013. 1876 , note D. Connil ; CE 17 juill. 2013, *Conseil national de l'ordre des médecins*, préc.).

Dans l'esprit du juge de l'excès de pouvoir, l'annulation pour vice grave de procédure reste une sanction disproportionnée, voire inutile quand l'acte est irréprochable sur le fond. L'actuel vice-président du Conseil d'Etat l'a d'ailleurs exprimé sans détour dans ses vœux de début d'année 2019 adressés aux magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel : « Le respect du principe de légalité ne peut justifier que des motifs d'annulation, parfois platoniques, obstruent ou ralentissent l'action administrative lorsque celle-ci est justifiée au fond. » Qualifier un motif d'annulation de « platonique », lorsqu'il n'est pas relatif au fond de l'acte (ou à la compétence de l'auteur de l'acte qu'il convient d'inclure), emporte une dévalorisation de la légalité procédurale au contentieux. Le message est clair pour les magistrats : si l'acte est légal sur le fond, alors le reste importe peu. Tout est alors possible pour maintenir l'acte en l'état. En dépit de son irrégularité, *Danthony* sinon *AC!* permettent de le sanctuariser. Pour l'administration, le message est également dépourvu d'ambiguïté : elle prend peu de risques contentieux à ne pas respecter les normes procédurales qui encadrent son action.

Le caractère variable de la gravité de l'illégalité en fonction de la question sur laquelle se prononce le juge ne concerne pas uniquement le vice de procédure. Ainsi, certaines erreurs de droit - soit des vices de légalité interne traditionnellement considérés comme graves - peuvent conduire le juge à annuler l'acte puis être considérées finalement comme peu graves au stade de la modulation. Ce fut le cas dans l'arrêt *France Télécom* (CE, sect., 25 févr. 2005, n° 247866, *France Telecom*, Lebon ; AJDA 2005. 997 , chron. C. Landais et F. Lenica ), où une erreur de droit, justifiant l'annulation d'une décision de l'Autorité de régulation des télécommunications, fut qualifiée d'« illégalité tout à fait vénielle » par le rapporteur public car il s'agissait d'une erreur de méthode et non de fond (v. E. Prada-Bordenave, RFDA 2005. 802 ). De même, dans plusieurs décisions d'annulation de nomination de magistrats fondées sur une erreur de droit (l'administration aurait dû procéder de droit à une autre nomination), l'irrégularité a été considérée comme peu grave au stade de la modulation car elle n'affectait pas la qualité intrinsèque des magistrats (sur ce point, v. M. Guyomar, concl. sur CE, 12 de[#769]c. 2007, n°s 296072 et 296818, *Sire* et *Vignard*, AJDA 2008. 638 ). Cette analyse de l'irrégularité a facilité l'application de la jurisprudence *AC!* (v. CE 12 déc. 2007, n° 296818 , *Vignard*, AJFP 2008. 172 , note R. Gueguen ; CE 14 juin 2011, n° 343391, *Nasri*, et n° 342997, *Braud* ; CE 28 sept. 2016, n° 377190, Lebon T. ; AJDA 2016. 1842 , pour l'annulation de la nomination d'un notaire).

En définitive, il apparaît qu'au stade de la modulation, le vice de procédure est toujours considéré comme une illégalité peu grave (ce qui est paradoxal au regard de la jurisprudence *Danthony*) mais que certaines illégalités internes peuvent également être dédramatisées. L'échelle de gravité des irrégularités est donc instable. La seule constante consiste à pouvoir placer aux échelons les plus bas les irrégularités procédurales. Au-delà, il apparaît que la faible gravité d'un vice conduit le juge à ne pas le sanctionner sinon à limiter considérablement les effets de l'annulation qu'il entraîne. A l'inverse, la gravité d'un vice devrait conduire le juge à le sanctionner de manière effective. Cela n'a pourtant rien de systématique car le juge y est parfois totalement indifférent.

## II - L'indifférence du juge à la gravité du vice

Le juge entretient un rapport dissymétrique à la gravité du vice. Si sa faible gravité le conduit à se montrer clément envers l'administration, sa particulière gravité ne le pousse pas nécessairement à se montrer plus sévère. L'indifférence du juge de l'excès de pouvoir à la gravité de certains vices se manifeste aujourd'hui par l'inopérance des moyens de légalité formelle et procédurale soulevés à l'encontre des actes réglementaires devenus définitifs. Elle se manifeste également dans l'application de la jurisprudence *AC!* aux annulations fondées sur les irrégularités considérées comme les plus graves.

### A. Une gravité sans incidence sur le contrôle des actes réglementaires définitifs

La gravité des vices de forme et de procédure est aujourd'hui sans incidence sur le contrôle des actes réglementaires définitifs. Dans la continuité des jurisprudences *Danthony* et *AC !*, l'arrêt *CFDT finances* (CE, ass., 18 mai 2018, n° 414583 , préc.) confirme la volonté du Conseil d'Etat d'éviter de remettre en cause les actes de l'administration pour de simples vices formels ou procéduraux. Cet arrêt franchit toutefois un degré supplémentaire dans le processus déjà bien engagé de dévaluation de certains vices de légalité externe. En faisant le choix de l'inopérance des moyens de légalité formelle et procédurale invoqués à l'encontre des actes réglementaires devenus définitifs, le Conseil d'Etat assume une indifférence totale à la gravité éventuelle de tels vices, qu'il ne contrôle même plus.

Dans le cadre de l'exception d'illégalité soulevée à l'encontre d'un acte réglementaire ou du recours contre le refus de l'abroger, le juge administratif vérifie à présent seulement la compétence de l'auteur de l'acte, l'existence d'un détournement de pouvoir et la légalité des règles générales et impersonnelles qu'il énonce. Les irrégularités relatives aux conditions d'édition de l'acte réglementaire ne peuvent plus être invoquées que dans le cadre du recours pour excès directement formé à son encontre, dans le délai de deux mois à compter de sa publication.

Formellement, l'arrêt *CFDT finances* lie l'inopérance de certains moyens de légalité externe à l'encontre d'un acte réglementaire à l'expiration du délai de recours contre cet acte (en toute rigueur, les moyens devraient donc être irrecevables). Le Conseil d'Etat procède ainsi à une hiérarchisation, qui varie dans le temps, des illégalités affectant l'acte réglementaire. Si l'acte est attaqué dans les deux mois suivant sa publication, le juge peut ainsi contrôler toute la légalité de l'acte réglementaire. Au-delà de ce délai, les vices de forme et de procédure sortent du champ du contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Ce type de hiérarchisation ressemble à celle opérée par le constituant à l'article 61-1 de la Constitution de 1958. Si toutes les inconstitutionnalités se valent avant la promulgation de la loi dans le cadre du contrôle *a priori*, les juges ne peuvent connaître que de la méconnaissance des droits et libertés que la Constitution garantit une fois la loi entrée en vigueur. Cette protection différenciée des normes constitutionnelles repose sur l'idée que seules celles concernant directement le justiciable - qui garantissent ses droits et libertés - doivent bénéficier de la protection juridictionnelle spécifique qu'est le contrôle *a posteriori*. Dans la jurisprudence *CFDT finances*, la hiérarchisation des illégalités repose sur des considérations tenant à la préservation de la stabilité des situations juridiques. Bien qu'elle ne figure pas de façon expresse dans l'arrêt, il résulte des conclusions du rapporteur public que la sécurité juridique a dicté l'affaiblissement du contrôle de la légalité formelle et procédurale des actes réglementaires.

Cet affaiblissement n'a aucun fondement juridique dans le contentieux des décisions de refus d'abroger l'acte réglementaire. Comme le constate le rapporteur public, entre 1989 et 2018, le Conseil d'Etat n'a prononcé que trois annulations de refus d'abrogation d'un acte réglementaire fondées sur des illégalités formelles ou procédurales (v. CE, sect., 30 juill. 2003, n° 237201, *Groupeement des éleveurs mayennais de trotteurs [GEMTROT]*, Lebon ; AJDA 2003. 1813 , chron. F. Donnat et D. Casas ; RFDA 2003. 1134, concl. F. Séners ; CE 30 mars 2005, n° 268603, *SARL Briadel* et autres, Lebon T. ; CE 9 nov. 2015, n° 385962 , *Syndicat national solidaires justice*). L'invocabilité de tels vices dans ce contentieux n'est donc pas, en tant que telle, dangereuse pour la stabilité des situations juridiques. En revanche, il résulte des conclusions d'Aurélie Bretonneau que l'inopérance des vices de forme et de procédure se justifie en pratique pour éviter des abrogations inutiles (qui s'ajoutent aux annulations inutiles évitées grâce à la jurisprudence *Danthony*). Aux yeux du rapporteur public, l'annulation du refus d'abrogation fondée sur un vice de forme ou de procédure est stérile car l'administration peut parfaitement reprendre l'acte abrogé sur le fond par la suite. Cependant, l'acte adopté par une autorité incompétente peut également être repris à l'identique, sur le fond, par une autorité compétente. A supposer qu'il soit recevable, l'argument devrait emporter l'inopérance des vices tirés de l'incompétence de l'auteur de l'acte - ce qui est pourtant exclu tant dans les conclusions que dans l'arrêt. De façon plus globale, l'argument implique que le juge ne contrôle plus les vices de légalité externe quand l'acte est par ailleurs légal sur le fond. Cet

argument est discutable car, si l'administration peut certes reprendre l'acte abrogé pour illégalité formelle ou procédurale (même pour incompétence) et légal sur le fond, elle ne peut le faire qu'en respectant les règles qu'elle avait méconnues. Or, rien en droit positif ne permet d'établir que l'administration peut se défaire des règles formelles et procédurales si elle respecte, par ailleurs, celles relatives à la compétence et au fond. Au contraire, l'article L. 243-2 du code des relations entre le public et l'administration, qui pose une obligation d'abroger les actes réglementaires illégaux *ab initio* ou qui le sont devenus, ne fait aucune distinction entre les irrégularités. Dans le contentieux du refus d'abrogation, la jurisprudence *CFDT finances* est ouvertement contraire à la loi et n'a, objectivement, d'autre justification que le confort de l'administration (qui n'aurait pas de temps à perdre à refaire des actes légaux sur le fond).

Le refus de contrôler la légalité formelle et procédurale d'un acte réglementaire dans le cadre de l'exception d'illégalité peut davantage se comprendre au regard de l'exigence de protection de la sécurité juridique. Le constat de l'illégalité d'un acte réglementaire par la voie de l'exception d'illégalité peut en effet entraîner des contentieux de séries à l'encontre des décisions individuelles, parfois nombreuses, prises pour son application. Il peut dès lors paraître disproportionné d'annuler rétroactivement des décisions individuelles (la jurisprudence *AC !* ne peut pas jouer ici car les contentieux restent individuels et l'annulation ne peut avoir de conséquences manifestement excessives), légales par ailleurs, en raison d'une illégalité qui n'affecte pas le fond de l'acte réglementaire leur servant de base légale.

En toute rigueur, l'ensemble des illégalités externes - qui n'ont pas d'incidence sur la substance de l'acte - auraient donc dû sortir du champ de l'exception d'illégalité. Pourtant, le Conseil d'Etat a extrait la compétence des vices inopérants de légalité externe pour la faire basculer du côté de la légalité interne. Il a ainsi construit une troisième échelle de gravité des illégalités dans le contentieux de l'excès de pouvoir, sans s'embarasser de la dichotomie classique entre illégalité externe et illégalité interne. Il distingue ainsi les vices qui ne comptent pas (soit tous les vices formels et procéduraux) des autres vices nobles. Le rapporteur public justifie ce choix au nom du fait qu'il existerait une « différence de nature entre l'incompétence, réputée mère de tous les vices parce qu'elle touche à la condition même de possibilité d'édition de l'acte, et l'irrégularité formelle ou de procédure, relative aux seules conditions d'élaboration d'un acte que son auteur avait le pouvoir d'édicter » (A. Bretonneau, concl. préc.). Cet argument ne convainc pas. Il n'y a aucune différence de « nature » entre les vices de légalité externe. Tout au plus existe-t-il des différences de régime forgées par le juge lui-même et témoignant de l'importance qu'il attache à certains vices et pas à d'autres. Au-delà, il ne résulte pas du droit positif qu'un acte réglementaire légal sur le fond pris par une autorité incompétente soit plus grave qu'un acte pris par une autorité compétente au mépris des exigences procédurales substantielles. Les conditions d'élaboration de l'acte sont aussi importantes que le pouvoir de les édicter, en particulier lorsque le vice de procédure a privé les intéressés d'une garantie ou a été susceptible d'avoir une influence sur le sens de la décision prise. Le Conseil d'Etat a toutefois refusé de transposer la jurisprudence *Danthony* à l'exception d'illégalité. Il était apparemment difficile de la faire jouer sur des irrégularités anciennes s'agissant de procédures dont la « mémoire est perdue » (A. Bretonneau, concl. préc.). Il restait quand même envisageable de laisser une chance au requérant, à qui il revient toujours de démontrer en quoi le vice de procédure l'a privé d'une garantie ou a été susceptible d'influer sur la décision prise. Dans la continuité de sa jurisprudence antérieure, le Conseil d'Etat a montré de nouveau que, quelle que soit sa gravité, le vice de procédure reste un vice mineur. La jurisprudence *CFDT finances* renforce ainsi le mouvement de déconsidération qui frappe actuellement les règles formelles et procédurales encadrant l'action administrative.

Or, comme l'a souligné Denis de Béchillon, ce n'est pas le moindre des paradoxes de libérer au contentieux l'administration de toutes ces règles « au moment où les pouvoirs publics valorisent plus que jamais la consultation *lato sensu* de la société civile, sous toutes les formes possibles et imaginables, comme un facteur de qualité et de légitimité essentiel à la construction d'une "bonne" décision publique » (v. D. de Béchillon, La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires - Contre, RFDA 2018. 662 ). En outre, l'arrêt

*CFDT finances* ne réserve pas les cas de méconnaissance substantielle du droit procédural de l'Union européenne, ce qui semble contraire aux principes de primauté et d'application uniforme de ce droit.

La jurisprudence *CFDT finances* semble pourtant tolérable aux yeux de certains car le juge n'est finalement indifférent qu'à la gravité des vices de forme et de procédure et que les « vices majeurs » peuvent toujours être invoqués et sanctionnés de façon effective. L'application de la jurisprudence *AC!* impose de relativiser ce constat car elle conduit souvent le juge à se montrer indifférent à des vices d'une particulière gravité.

## B. Une gravité sans incidence sur l'application de la jurisprudence *AC!*

Si le juge administratif est sensible au faible degré de gravité des vices de procédure ou de certaines illégalités internes, lorsqu'il applique la jurisprudence *AC!*, la gravité élevée du vice n'a, le plus souvent, aucune incidence sur l'application du pouvoir de modulation temporelle. Lorsque l'annulation est fondée sur l'incompétence de l'auteur de l'acte ou sur une illégalité interne particulièrement grave, la référence à la « nature du moyen d'annulation » retenu disparaît le plus souvent des motifs relatifs à la modulation temporelle. A de très rares exceptions près, les rapporteurs publics n'intègrent pas la gravité de l'irrégularité constatée en l'espèce pour déterminer si l'annulation a des conséquences manifestement excessives. La gravité élevée de l'irrégularité ne constitue que rarement un critère de nature à restreindre l'utilisation par le juge de la modulation.

En tant que telle, l'importance de la gravité n'est jamais dirimante. Aucune irrégularité, aussi grave soit-elle, ne conduit le juge à écarter l'application de la jurisprudence *AC!*. Si quelques conclusions de rapporteurs publics écartent la modulation en tenant compte de la particulière gravité du vice (v. not., C. Devys, concl. sur CE 18 oct. 2006, n° 276359, *Fédération des services CFDT et autres*, Dr. soc. 2006. 1096 ; M. Guyomar, concl. sur CE, sect., 31 oct. 2008, n° 293785, *Section française de l'OIP*, RFDA 2009. 73), aucune décision n'y procède expressément. L'irrégularité tirée de la violation du droit de l'Union européenne, initialement soumise au même régime que toutes les autres, connaît toutefois aujourd'hui un traitement particulier dans le cadre de la jurisprudence *AC!*. Tirant les conséquences de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative à la possibilité pour les juridictions des Etats membres de maintenir en vigueur un acte contraire au droit de l'Union européenne (v. not., CJUE 8 sept. 2010, aff. C-409/06, *Winner Wetten GmbH*, AJDA 2010. 2305, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; CJUE 28 juill. 2016, aff. C-379/15, *Association France nature environnement c/ Premier ministre et ministre de l'économie, du développement durable et de l'énergie*, AJDA 2016. 2226, note O. Mamoudy ; et 2209, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänsler ; D. 2016. 1701 ; RTD eur. 2017. 297, obs. P. Thieffry ; et 400, obs. L. Coutron ; Rev. UE 2016. 449, édito. F. Chaltiel), le Conseil d'Etat a construit un régime spécifique pour l'application de la jurisprudence *AC!* lorsque l'annulation est fondée sur la violation du droit de l'Union (v. not. CE 28 mai 2014, n° 324852, *Association Vent de colère*, Lebon ; AJDA 2014. 1784, note O. Mamoudy ; AJCT 2014. 504, obs. P. Villeneuve ; RFDA 2014. 783, concl. C. Legras ; RTD eur. 2014. 952-4, obs. E. Muller ; CE 23 juill. 2014, n° 349717, *Société Octapharma France*, Lebon ; AJDA 2014. 1581 ; et 2315, note O. Mamoudy ; D. 2015. 755, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; RDSS 2014. 1110, note J. Peigné ; RTD eur. 2015. 436, obs. E. Muller ; CE 3 nov. 2016, n° 360212, *Association France nature environnement*, Lebon ; AJDA 2016. 2136 ; RTD eur. 2017. 333, obs. A. Bouveresse ; CE, ass., 19 juill. 2017, n° 370321, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie [ANODE]*, Lebon ; AJDA 2017. 1879, chron. G. Odinet et S. Roussel ; RFDA 2017. 1099, note S. de La Rosa ; RTD com. 2017. 853, obs. F. Lombard ; RTD eur. 2018. 397, obs. E. Muller). Il n'accepte de l'appliquer que si une « impérieuse nécessité » ou une « impérieuse considération » le justifie, ce qui semble plus restrictif que le cadre classique d'*AC!* (v. CE 7 juin 2017, n° 368208 ; CE 12 déc. 2018, n° 409449, *SCEA du Château Montel*). Même dans ce cadre restreint, l'irrégularité tirée de la violation du droit de l'Union européenne n'interdit toutefois pas au juge de maintenir l'acte en vigueur dans

l'ordre juridique, y compris pour toute la période où il a produit des effets (v. CE, ass., 19 juill. 2017, *ANODE*, préc.). Ainsi, le juge peut, en cas d'irrégularités très graves, prononcer des annulations entièrement « platoniques » - ce qui revient à couvrir tous les effets que l'acte a produits par la modulation.

En outre, la gravité de l'irrégularité ne conduit même pas le juge à se montrer plus exigeant dans le bilan qu'il effectue entre les avantages de la modulation pour la sécurité juridique et ses inconvénients pour le principe de légalité. Les nombreux exemples de l'application de la jurisprudence *AC!* à des annulations fondées sur l'incompétence de l'auteur de l'acte sont particulièrement représentatifs (v. not. CE 2 déc. 2011, n° 347497, *FNATH, Association des accidentés de la vie*, Lebon T. ; CE 28 mars 2012, n° 341067, *Confédération générale des petites et moyennes entreprises*, Lebon T. ; AJDA 2012. 677 ; CE 24 avr. 2013, n° 353280, *Groupement interprofessionnel des fabricants d'appareils d'équipements ménagers [GIFAM]*, AJDA 2013. 1780 ). Lorsque le juge module dans le temps les effets d'une annulation fondée sur un vice de compétence, il ne tient aucun compte de la particulière gravité de ce vice de légalité d'ordre public. Les rapporteurs publics ne raisonnent pas non plus en s'appuyant sur la gravité de ce vice. Au stade de la modulation, l'incompétence se fond dans l'ensemble des irrégularités et son caractère d'ordre public n'a aucune conséquence spécifique. Si l'annulation entraîne des conséquences manifestement excessives pour la stabilité des situations juridiques, le juge administratif maintiendra sans difficulté en vigueur un acte pourtant adopté par une autorité incompétente. Il n'existe donc aucune différence de nature entre l'incompétence et le reste de la légalité externe. *In fine*, l'irrégularité grave n'importe que très peu. Si le juge estime qu'il convient de maintenir les effets passés et/ou à venir de l'acte annulé pour préserver la sécurité juridique, il appliquera son pouvoir de modulation temporelle. Le nombre et la gravité des illégalités importeront peu en définitive.

Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, la hiérarchisation mouvante des illégalités présente de très nombreuses incohérences. Pour les lever, il suffirait que le juge s'en tienne à la logique de l'arrêt *Danthony* afin de faire le départ, au stade de l'annulation uniquement, entre les irrégularités procédurales vénielles et les autres. Dès lors qu'elles entraînent l'annulation, il n'y a pas lieu de hiérarchiser entre elles les irrégularités, en particulier en minorant systématiquement la gravité des vices de procédure ou en exaltant celle des vices d'incompétence. Au stade de la modulation, la forte gravité d'une illégalité n'a d'ailleurs plus aucune importance. L'idée sous-jacente à la jurisprudence *CFDT finances* selon laquelle il convient de ne pas gêner l'action de l'administration lorsqu'elle est légale au fond doit être combattue, au risque de voir se généraliser à tout le contentieux de l'excès de pouvoir une redéfinition du contrôle ne portant plus que sur ce qu'il y aurait d'essentiel aux yeux du juge.

**Mots clés :**

Contentieux \* Procédure administrative contentieuse \* Pouvoirs et devoirs du juge \* Contrôle du juge de l'excès de pouvoir \* Sécurité juridique

Droits fondamentaux et principes généraux \* Principe général du droit \* Sécurité juridique \* Légalité