



**”Le succès des moyens voués à l’échec”, Civitas Europa,
IRENEE/Université de Lorraine, 2020/1, n° 44, pp.
63-77**

Caroline Lantero

► To cite this version:

Caroline Lantero. ”Le succès des moyens voués à l’échec”, Civitas Europa, IRENEE/Université de Lorraine, 2020/1, n° 44, pp. 63-77. Civitas Europa, 2020, vol. 1 (n° 44), pp. 63-77. hal-02929098

HAL Id: hal-02929098

<https://uca.hal.science/hal-02929098>

Submitted on 9 Sep 2020

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 SUCCES DES MOYENS VOUES A L'ECHEC

Civitas Europa, vol. 44, no. 1, 2020, pp. 63-77.

Caroline Lantero, MCF en droit public à l'UCA, EA4232

Cette formule très englobante n'apparaît pas dans les décisions de justice administrative. Elle est en revanche couramment utilisée par le juge judiciaire comme méta-catégorie, et peut d'ailleurs, lorsque *les moyens* (au pluriel), sont désignés comme voués à l'échec, traduire un agacement des magistrats : de « l'acharnement procédural à présenter systématiquement des moyens voués à l'échec »¹. L'agacement du juge administratif, qui sait pourtant user de savoureuses formules, ne passe pas par celle-ci. Il est vrai que, s'agissant des moyens voués à l'échec en tant que moyens insusceptibles de prospérer, il dispose d'un éventail confortable de disqualifications qui lui interdit toute globalisation. Pour évoquer l'ensemble des moyens disqualifiés (ou « voués à l'échec ») la doctrine utilise l'expression « moyens inefficaces »² ou le plus souvent les moyens « voués au rejet »³, mais le juge utilise peu le mot « rejet » pour un moyen dès lors qu'en toute orthodoxie⁴, il rejette des conclusions, mais écarte des moyens.

Le moyen vient au soutien de conclusions et fut longtemps intrinsèquement protégé par les règles du procès administratif puisque seule la recevabilité des conclusions était étudiée et, dès lors qu'elle était acquise, tous les moyens pouvaient être soulevés à leur soutien⁵, y compris ceux qui ne sont pas dans l'intérêt du requérant⁶. Pourtant des requêtes sont irrecevables en raison de leurs moyens plutôt qu'en raison de leurs conclusions⁷, et le phénomène de restriction des moyens invocables est clairement en mouvement⁸. Mise à part la retentissante jurisprudence *Czabaj* qui tend à empêcher le recours même, les jurisprudences récentes du Conseil d'État s'attachent à affaiblir les moyens plutôt que les

¹ Cass. 2^e civ., 1 fév. 2018, n° 16-26.125.

² R. Rouquette, *Petit traité du procès administratif*, Dalloz, 2018_2019, p. 459.

³ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 13^e éd., 2008, p. 803.

⁴ Même si les exemples contraires ne sont pas si rares : CE, Ass., 11 févr. 1977, n° 97407, *Groupe des industries métallurgiques de la région parisienne*, Rec. p. 81 ; CE, sect., 15 févr. 1974, n° 83980, *Société civile agricole « Centre d'insémination artificielle de la Crespelle »*, Rec. p. 109 ; CE, 25 mars 1996, n° 172308, *Cono*, Rec. p. 100 ; CE, 4 oct. 2000, n° 200724, *Bertin*, Rec. p. 384.

⁵ CE, Ass., 22 juin 1963, n° 51115, *Sieur Albert*, Rec. 385 ; CE 13 déc. 1974, n° 91496, *Ministre de l'aménagement du territoire, de l'équipement, du logement et du tourisme c/ D^{lle} de Gratet du Bouchage*, Rec. p. 630.

⁶ Le juge administratif a même rejeté l'estoppel : CE 1^{er} avr. 2010, n° 334465, *SAS Marsadis*, Rec. ; AJDA 2010. 1327, note H. Belrhali ; CE 2 juill. 2014, n° 368590, *Société Pace Europe*, Rec. ; AJDA 2014. 1897, concl. G. Dumortier, et 1935, chron. J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe.

⁷ Voir sur ce point : L. Dutheillet de Lamothe, G. Odinet, La recevabilité des moyens en contentieux administratif, AJDA 2016. 479.

⁸ P.-Y. Sagnier, Restriction objective et restriction subjective des moyens invocables, AJDA 2016. 1378.

conclusions (*Danthony*⁹, *Tarn-et-Garonne*¹⁰, *Ciaudo*¹¹, *CFDT Finances*¹², et, dans une moindre mesure, car elle ne les attaque pas, *Société Eden*¹³). Il est en de même pour les dispositifs créés par le législateur ou le pouvoir réglementaire dans les années 2000, notamment dans le contentieux de l'urbanisme avec l'article R. 600-4 permettant au juge de fixer un délai de cristallisation des moyens invocables¹⁴ ou d'apprécier variablement les moyens invoqués à l'encontre d'un permis de construire en fonction de la personne requérante¹⁵ ; mais aussi en matière de règlements locaux de publicité¹⁶ ou encore d'expropriation pour cause d'utilité publique¹⁷.

Retenons¹⁸, dans l'ordre chronologique¹⁹ de leur disqualification par le juge : les moyens inopérants, les moyens irrecevables, les moyens manquant en fait, les moyens infondés, les moyens qui ont été pré-régularisés (y compris par le rescrit et le recours en appréciation de régularité), les moyens neutralisés. Parmi les définitions les plus admises, on retient que le moyen irrecevable, terme impropre normalement réservé aux conclusions, mais qui recouvre une réalité contentieuse évidente, est celui qui ne peut pas être examiné ; que le moyen inopérant est celui qui est recevable, peut-être fondé, mais sans influence sur la solution du litige²⁰ même si le juge utilise des périphrases qui ne sont pas toujours éclairantes²¹ ; que le moyen manquant en fait est essentiellement celui qui est invoqué par

⁹ CE, Ass., 23 déc. 2011, *Danthony*, n° 335033, Rec. ; AJDA 2012. 195, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; et 1484, étude C. Mialot ; RFDA 2012. 284, concl. G. Dumortier ; 296, note P. Cassia ; et 423, étude R. Hostiou.

¹⁰ CE, Ass, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n° 358994, Rec. p. 70 ; RFDA 2014. 425, concl. B. Dacosta ; RFDA 2014. 438, note Delvolvé ; AJDA 2014. 1035, chron. Bretonneau et Lessi ; JCP Adm. 2014, n° 2152, note Sestier et n° 2153, note Hull.

¹¹ CE 13 mars 2015, *Ciaudo*, n° 358677 : 1) Le titulaire d'une autorisation d'urbanisme est recevable à demander l'annulation d'une ou de plusieurs prescriptions dont celle-ci est assortie. 2) Il peut utilement soulever à l'appui de telles conclusions tout moyen relatif au bien-fondé des prescriptions qu'il critique ou au respect des exigences procédurales propres à leur édicton ; 3) Toutefois, le juge ne peut annuler ces prescriptions, lorsqu'elles sont illégales, que s'il résulte de l'instruction qu'une telle annulation n'est pas susceptible de remettre en cause la légalité de l'autorisation d'urbanisme et qu'ainsi ces prescriptions ne forment pas avec elle un ensemble indivisible.

¹² CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, n° 414583, Rec. ; AJDA 2018. 1206, chron. S. Roussel et C. Nicolas ; RFDA 2018. 649, concl. A. Bretonneau.

¹³ CE, sect., 21 déc. 2018, *Société Eden*, n° 409678, Rec. avec les concl. A propos de l'économie des moyens René Chapus évoquait des « moyens éclipsés » : R. Chapus, « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *EDCE*, n° 29, 1977-78, p. 11.

¹⁴ Art 1^{er} du décret n° 2013-879 du 1^{er} oct. 2013 relatif au contentieux de l'urbanisme.

¹⁵ Article L. 600-1-4 du code de l'urbanisme introduit par l'article 40 de la loi du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises (art. 40).

¹⁶ Introduction en 2010 d'une restriction similaire avec l'art. L. 581-14-1 du C. envir.. V. J.-P. Strebler, Les conséquences de l'illégalité des règlements locaux de publicité, RDI 2012. 484.

¹⁷ Restriction des illégalités externes invocables à l'appui d'une exception d'illégalité : art. L. 122-1 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, issu de la loi n° 2002-276 du 27 févr. 2002 relative à la démocratie de proximité.

¹⁸ En écartant déjà de la présente contribution les moyens propres aux référés, à la procédure d'appel et à la cassation.

¹⁹ Même si cela est discuté, nous retenons cet ordre, particulièrement bien justifié par Stéphanie Douteaud quant à la nécessité de l'étude de l'opérance du moyen avant sa recevabilité, étant précisé que le vocable de l'inopérance est régulièrement utilisé, par le juge, pour désigner un moyen irrecevable (cf *infra*) : S. Douteaud, Pour une clarification de la distinction entre moyens inopérants et moyens irrecevables en contentieux administratif, RFDA 2016. 697.

²⁰ René Chapus énonce de manière similaire qu'il s'agit des « moyens qui, même s'ils sont recevables et fondés, sont insusceptibles d'exercer une influence sur la solution du litige (p. 790).

²¹ Voir les observations de P. Cassia sous CE 25 mars 1960, Boileau, n° 50, in J.-C. Bonichot, P. Cassia et B. Poujade, GACA, 2018, Dalloz, p. 1016 et S. Douteaud, Pour une clarification de la distinction entre moyens inopérants et moyens irrecevables en contentieux administratif, RFDA 2016. 697.

erreur quant aux faits de l'espèce, au regard de la décision, ou même au regard du droit. Les autres moyens voués à l'échec n'ont pas de définition propre. Ils sont des constructions.

De nombreuses recherches ont évidemment déjà été conduites sur les moyens voués à l'échec et sur les dispositifs permettant de les écarter. Beaucoup se sont interrogées sur leur catégorisation et certains auteurs ont notamment tenté de résoudre la différence entre moyen irrecevable et moyen inopérant²² ainsi que leur ordre d'examen²³, d'autres ont souligné les difficultés dans la grille de lecture et l'ont éclairée, tant s'agissant du moyen irrecevable²⁴, que du moyen inopérant²⁵. Certains ont déjà désigné la tendance à une sclérose du moyen invocable, en général²⁶ et en particulier, voire ont proposé une typologie de ces restrictions. On serait tenté de laisser momentanément la nature du moyen inefficace de côté et de proposer aujourd'hui une interprétation finaliste de la persistance des moyens voués à l'échec, en opérant une distinction selon qu'ils ont des vertus protectrices ou qu'ils ont basculé dans l'objectif sécuritaire.

Des vertus protectrices en ce qu'ils sont l'outil nécessaire à la qualité du procès administratif et à la sauvegarde de l'action de l'administration et du principe de légalité²⁷ (I). Un objectif sécuritaire en ce que l'échec du moyen est devenu l'instrument de gestion /rationalisation du procès administratif et de sauvegarde de la sécurité juridique (II).

I. L'UTILISATION DES MOYENS VOUES A L'ECHEC DANS L'INTERET DU PROCES ET DE L'ACTION DE L'ADMINISTRATION

Dans une tendance à voir le principe de légalité reculer si nettement et si rapidement devant le principe de sécurité juridique, il convient de s'astreindre à un exercice de bonne foi. Il existe d'honorables moyens voués à l'échec. Certains le sont en vertu du respect de la procédure contentieuse, et plus précisément du procès (A). D'autres sont voués à l'échec, car il faut pouvoir objectivement protéger l'action de l'administration (B).

A. Dans l'intérêt du procès

Le procès ne doit pas être parasité ou retardé par des discussions portant sur des moyens qui n'en sont pas, des moyens qui manquent en fait, qui sont sans aucun rapport avec le litige, qui ne présentent aucun intérêt, ou surgissent trop tard.

²² L. Dutheil de Lamothe, G. Odinet, La recevabilité des moyens en contentieux administratif, AJDA 2016. 479 ; S. Douteaud, Pour une clarification de la distinction entre moyens inopérants et moyens irrecevables en contentieux administratif, RFDA 2016. 697

²³ Parmi les tenants de l'étude de l'irrecevabilité avant celle de l'inopérance : P. Cassia, Obs. Sous Boileau, in J.-C. Bonichot, P. Cassia et B. Poujade, GACA 2018, Dalloz, p. 1013.

²⁴ A. Ciaudo, *L'irrecevabilité en contentieux administratif français*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2009, 570 p.

²⁵ J.-M. Auby, « Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative », AJDA 1966 ; F. Poulet, *L'inopérance des moyens dans le contentieux administratif français*, Th., Paris II, 2014, p. 63 ; M. Revert, « Les moyens inopérants sont-ils vraiment tous inoffensifs ? », AJDA 2011. 771 ; P. Cassia, préc.

²⁶ P.-Y. Sagnier, Restriction objective et restriction subjective des moyens invocables, AJDA 2016. 1378.

²⁷ Car c'est essentiellement dans le contentieux de la légalité et dans le plein contentieux objectif, c'est-à-dire dans l'emblématique procès fait à un acte, que l'échec s'observe.

1. Les moyens qui n'en sont pas

L'absence de moyen - Aux termes de l'article R. 411-1 du code de justice administrative, les requêtes contiennent « l'exposé des faits et moyens, ainsi que l'énoncé des conclusions soumises au juge ». Si ce dernier est libéral sur la requalification des conclusions²⁸, il a également tendance à requalifier les moyens erronés alors qu'aucun texte ne l'y contraint (contrairement à l'article 12 du code de procédure civile). C'est fréquemment le cas des demandes fondées sur les articles 700 CPC ou 1382 du code civil²⁹. Il demeure toutefois des requêtes où les moyens sont introuvables et conduisent rapidement à rejeter le recours comme irrecevable. Et lorsqu'ils sont bien trop obscurs ou, pour reprendre la formule juridictionnelle, qu'ils sont énoncés sans être assortis de précisions suffisantes permettant d'en apprécier la portée ou le bien-fondé, ils sont alors irrecevables. Le moyen irrecevable originel est celui qui n'existe pas, n'est pas identifiable, et n'est pas requalifiable ni même qualifiable en dépit de la bienveillance du juge.

Les arguments et les moyens fantaisistes - Un argument est un développement à l'appui d'un moyen et le juge n'est pas tenu de répondre aux arguments³⁰. Plus précisément, il n'est « pas tenu de répondre à tous les arguments soulevés »³¹. Le moyen est obligatoire, essentiel et principal. L'argument est un accessoire, qui peut parfois donner un aspect filandreux à la requête. Dans son vade-mecum sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, le Conseil d'État rappelle : « *Les moyens peuvent parfois se diviser en branches et sont étayés par des arguments, qui ne sont que les éléments d'argumentation venant détailler, expliquer, justifier les moyens soulevés, en présentant des développements propres à convaincre le juge de leur caractère fondé. S'il appartient au juge de se prononcer sur les moyens soulevés et d'adopter des motifs proportionnés à la teneur de l'argumentation qui les soutient, il n'est pas lié par la présentation en branches des moyens et n'est pas tenu de répondre à tous les arguments venant à leur soutien.* »³²

Régulièrement présente dans le vocabulaire du juge judiciaire³³, l'expression « moyen fantaisiste » est rarissime dans des décisions du juge administratif qui montre alors son agacement au sujet d'un moyen manquant grossièrement en fait³⁴ voire son exaspération à l'égard de toute la requête au moment d'infliger une amende pour recours abusif³⁵. Ce qui ne l'empêche pas d'y être confronté et de l'écarter. Ainsi, l'invocation des « dernières volontés du général de Gaulle » contre la délibération donnant son nom à la place de l'Étoile³⁶ est par exemple irrecevable.

²⁸ R. Chapus, De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile, EDCE n° 29, 1977-1978, p. 13, spéc. p. 46 et s. ; Ch. Debbasch, L'interprétation par le juge administratif de la demande des parties, JCP G 1982. I. 3085.

²⁹ S. Deliancourt, Jusqu'où doit aller le juge dans la bienveillance à l'égard d'une partie ?, AJDA 2011. 58. C. Meurant, L'interprétation des écritures des parties par le juge administratif français, LGDJ 2019, t. 309, 558 p.

³⁰ Sur la distinction : A. Jacomet, concl. Sur CE 3 nov. 1947, Sieur X., Gaz Pal 1947, II. p. 239.

³¹ CE 13 juil. 1963, Rec p. 399 ; CE 4 mars 1970, n° 76873, Rec. p. 155.

³² Conseil d'État, Vade-Mecum sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, déc. 2018, 66 p.

³³ Souvent pour souligner qu'il manque en fait d'ailleurs. Par ex. Cour d'appel de Besançon, 1^{ère} chambre, 10 janv. 2018, n° 16/02383 ; Cour d'appel de Paris, 4^e chambre, 2 avril 2008, n° 07/13539.

³⁴ Une occurrence dans TA Lyon, 31 mars 2011, n° 0904927, au sujet du moyen tiré d'une absence de mise en demeure (doctrine.fr).

³⁵ TA Lyon, 16 janv. 2018, n° 1705871 : « Considérant que la requête (...) ne repose sur aucune argumentation sérieuse mais multiplie sans discernement les moyens fantaisistes ».

³⁶ TA Paris 25 janv. 1971, Seigneur et Antier, p. 814, mentionné dans R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, préc. p. 787.

2. Les moyens manquant en fait

Il s'agit évidemment de moyens tirés de faits erronés ou improuvables ou dont la preuve du contraire est rapportée, bref, qui ne « *correspondent pas à la réalité* »³⁷, ce qui ne soulève pas de difficulté particulière. Par exemple, le moyen classique (provoqué par la jurisprudence *Intercopie*) tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte en l'absence de délégation de signature. Fréquemment soulevé, il manque rapidement en fait lorsque l'administration produit ladite délégation.

Il s'agit aussi, et la qualification nécessite une analyse juridique, des moyens flirtant avec le mal-fondé, c'est-à-dire ceux qui procèdent d'une mauvaise interprétation – en droit – de la décision contestée. Il fait dire à la décision ce qu'elle ne dit pas ou lui donne une portée qu'elle n'a pas³⁸.

3. Les moyens « sans rapport »

Le moyen sans rapport **avec la compétence du juge administratif** sera irrecevable. Par exemple, celui qui relève du droit privé, comme la régularité de la procédure d'habilitation du représentant d'une personne morale³⁹, ou la contestation des circonstances de l'infraction ayant abouti à un retrait ou une suspension de permis de conduire⁴⁰, de manière générale, de se prononcer sur la validité d'un acte de droit privé.

Les moyens sans rapport **avec l'office du juge**, par exemple celui tiré de l'illégalité de la décision visant à lier le contentieux dans le plein contentieux indemnitaire, ou celui tiré de la violation d'une promesse dans un recours pour excès de pouvoir⁴¹. Ou encore, un grand classique : le moyen tiré de l'absence des voies et délais de recours, qui n'est pas un moyen puisque celle-ci n'a aucune incidence sur la légalité de la décision (et n'en a plus guère sur l'opposabilité des délais contentieux non plus).

Encore plus généralement, les moyens **sans rapport avec le litige**, qui seront le plus souvent inopérants, comme la contestation d'un refus d'aide juridictionnelle au sein du litige pour laquelle elle était demandée⁴², ou la contestation des frais d'expertise au fond.

Enfin, les moyens **sans rapport avec le droit applicable** : Les moyens invoqués sur le fondement de textes ou de principes inapplicables (par exemple, le moyen tiré d'une atteinte au principe de confiance légitime dans une situation qui n'est pas régie par le droit de l'UE⁴³, ou tiré de la violation de l'article 6 de la CEDH dans le contentieux de l'asile), ou qui se heurte qui se heurte au principe

³⁷ O. Le Bot, *Contentieux administratif*, Larcier, Paradigme, 2014, p. 162.

³⁸ F. Poulet, *L'inopérance des moyens dans le contentieux administratif français*, préc. pp. 306 et s.

³⁹ CE, sect., 5 nov. 1993, *SA immobilière de construction La Gauloise*, n° 145814, *Rec.*, p. 305, RFDA, 1994, p. 43, concl. R. Schwartz. Voir F. Poulet, *L'inopérance des moyens dans le contentieux administratif français*, préc. p. 248.

⁴⁰ CE, avis, 27 sept. 1999, *Rouxel*, n° 208242, *Rec.*, p. 280 ; CE, 16 déc. 2005, *Rio et a.*, n° 276190, *Rec.*, p. 568 ; CE, 4 oct. 2010, *Replinger*, n° 341845, *Rec.*, p. 364. (cités par F. Poulet, préc., note précédente).

⁴¹ CE 11 fév. 1927, *Richer*, n° 83270, *Rec.*, p. 190.

⁴² CE 15 mai 2000, *Abd el Hameid*, n° 159706, *Rec.* p. 176.

⁴³ CE 9 mai 2001, *Entreprise Freymuth*, n°210944, *Rec. T.* p.1151.

d'indépendance des législations⁴⁴, ou qui est sans rapport **avec le droit tout court** (ex : Les moyens fondés sur des considérations politiques⁴⁵ ou psychologiques⁴⁶ sont inopérants.)

4. Les moyens « sans intérêt »

Derrière cette formule il est question du moyen tiré de l'intérêt du requérant. Cette technique de subjectivisation des moyens invocables est très présente dans le contentieux contractuel où, plus on ouvre le recours, plus on ferme les moyens⁴⁷. Elle infiltre le contentieux général. Alors qu'historiquement, le moyen était protégé par la recevabilité de la requête⁴⁸, ce n'est plus le cas.

Normalement, l'intérêt à agir du requérant s'apprécie au regard des conclusions et non au regard des moyens invoqués à leur soutien⁴⁹, mais le moyen qui n'est pas justifié par l'intérêt du requérant à le soulever, est voué à l'échec. Par exemple, lorsque celui-ci invoque un vice qui ne lui a pas causé de tort, voire qui n'a pu préjudicier qu'à son adversaire⁵⁰.

5. Les moyens tardifs

Tardifs ou constitutifs de demande nouvelle, il y a parmi ces moyens irrecevables, ceux qui relèvent de la bonne administration de la justice et du respect des règles processuelles, et ceux qui sont à la frontière du sécuritaire. Seuls les premiers ont leur place dans ce développement. Ils peuvent d'ailleurs confiner à l'absence de moyen⁵¹. Ce sera le cas du moyen (qui n'est pas d'ordre public) soulevé à l'audience. La procédure est écrite et contradictoire. On ne saurait se servir d'un moyen pour créer un rebondissement dans le procès. Les autres moyens tardifs, soit en raison de la jurisprudence *Intercopie*

⁴⁴ CE 1^{er} juil. 1959, *Piard*, Rec. p. 413 : Autorisation d'urbanisme et autorisation d'exploitation d'une installation classée.

⁴⁵ CE, 22 mars 1999, *Avrillier*, n° 196824, *Rec.*, p. 77 : « le moyen par lequel, pour contester la légalité du décret attaqué, le requérant entend critiquer les thèses et le programme d'un parti ou groupement politique, est inopérant ».

⁴⁶ CE, 10 mai 1995, *Époux Y*, n° 125301 : « Considérant, d'autre part, que les moyens tirés de ce que le refus de permis modificatif qui a été opposé aux requérants par le maire d'Avignon résulterait tant des pressions de certains riverains que des informations erronées qui auraient été données par ceux-ci à la mairie, et, enfin, que le refus litigieux porterait atteinte au droit de propriété en lésant un des héritiers futurs des intéressés d'un accès à leur propriété, sont inopérants »

⁴⁷ CE, Sect., 3 oct. 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe (SMIRGEOMES)*, n° 305420, au Recueil et CE, Ass, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n° 358994, au Recueil ne peuvent être invoqués que les « vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont [il se prévaut] ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ».

⁴⁸ CE, Ass., 22 juin 1963, *Sieur Albert*, n° 51115, Rec. 385 ; CE 13 déc. 1974, *Ministre de l'aménagement du territoire, de l'équipement, du logement et du tourisme c/ D^{lle} de Gratet du Bouchage*, n° 91496, Rec. 630.

⁴⁹ CE 27 mai 2015, *Syndicat de la magistrature*, n° 388705.

⁵⁰ Pour une irrégularité de procédure CE 15 mars 2000, *Mme Drannikova*, n° 185837, T. pp. 1047-1161-1184 ; CE 5 juin 2015, *M. H...*, n° 378130, aux tables du Recueil.

⁵¹ CE 15 avril 1988, *Michelix*, n° 69498 : « Considérant que la demande d'annulation de cette décision présentée devant le tribunal administratif de Cayenne par M. MICHELIX ne contenait pas l'exposé sommaire des faits et moyens sur lesquels il entendait se fonder ; que, dès lors, elle ne satisfaisait pas aux prescriptions de l'article R. 77 du code des tribunaux administratifs ; que si M. MICHELIX a ultérieurement exposé les faits et moyens de son pourvoi dans un mémoire complémentaire, celui-ci n'a été enregistré au greffe du tribunal administratif qu'après l'expiration du délai du recours contentieux ; que M. MICHELIX n'est, dès lors, pas fondé à demander l'annulation du jugement par lequel le tribunal administratif a rejeté sa demande comme non recevable ; ».

de 1953⁵², soit en raison du dispositif de cristallisation introduit par le décret dit JADE du 2 novembre 2016⁵³, s'inscrivent bien davantage dans la seconde partie de ce propos.

Il existe donc des mécanismes d'échec des moyens qui protègent le procès, évitent la dispersion, encadrent le litige, délimitent la question juridique, et *in fine*, permettent de trancher.

Une seconde catégorie de moyens voués à l'échec montre leur vocation à protéger l'action administrative et sont identifiés dans cet intérêt précis.

B. Dans l'intérêt de l'action administrative

Les moyens invitant le juge à statuer davantage qu'il ne le peut sur le pouvoir d'appréciation de l'administration sont voués à l'échec.

1. Le moyen portant sur l'appréciation de l'administration

En dépit d'un élargissement constant du contrôle du juge vers l'erreur d'appréciation (Dahan⁵⁴, mesures pénitenciaires), il reste des matières dans lequel le contrôle est limité à l'erreur manifeste d'appréciation, car il est acquis que l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire et d'une appréciation souveraine dans la conduite de son action. Demander au juge d'aller au-delà est lui demander d'opérer un contrôle d'opportunité, qu'il se refuse à faire. Par exemple, le Conseil d'État exerce un contrôle restreint sur un avis non conforme du Conseil supérieur de la magistrature à la nomination d'un magistrat du siège⁵⁵.

Il reste même encore des matières dans lequel le juge se refuse à tout contrôle dans l'intérêt de l'action administrative et le respect de son appréciation souveraine, voire discrétionnaire. Tout moyen posant en réalité une question d'opportunité et qui n'est « pas de nature à être discuté par la voie contentieuse », sera écarté comme irrecevable⁵⁶.

On sait que le juge ne contrôle pas l'appréciation faite par le jury d'un examen ou d'un concours de la valeur d'une copie⁵⁷ ou le choix du mode de gestion d'un service public⁵⁸.

2. Le moyen bâillonné par la compétence liée

⁵² CE, sect., 20 févr. 1953, *Société Intercopie*, n° 9772, Rec. 88 ; CE, ass., 15 juil. 1954, *Société des aciéries et forges de Saint-François*, n° 4190, Rec., p. 482, pour le recours pour excès de pouvoir.

⁵³ Art. R. 611-7-1 du code de justice administrative, crée par le décret n°2016-1480 du 2 novembre 2016 portant réforme du code de justice administrative.

⁵⁴ CE, Ass., 13 nov. 2013, *Dahan*, req. n° 347704, AJDA 2013. 2228.

⁵⁵ CE 29 oct. 2013, *Vidon*, req. n° 346569, AJDA 2013. 2183, obs. de Montecler.

⁵⁶ J. Mesmin d'Estienne, *Le refus du contrôle d'opportunité, un mythe à déconstruire*, RFDA 2016, p. 545.

⁵⁷ CE 20 mars 1987, *Gambus*, Rec. CE, p. 100, AJDA 1987. 550, obs. X. Prétot ; CE 16 mai 2001, *De Nale*, Rec. CE, p. 236

⁵⁸ CE 27 nov. 2002, *Sté d'intérêt collectif agricole d'électricité de la région de Péronne*, req. n° 246764, JCP A, 2003, 1085, note Jacques Moreau.

Les moyens dirigés contre une décision que l'administration est tenue de prendre, car elle se trouve en compétence liée, sont inopérants. Dans ce type de situation, le juge est toujours très clair dans sa rédaction : « l'administration était tenue de.. ; par suite, le moyen tiré de...est inopérant. »⁵⁹. Dès lors que l'administration perd toute marge d'appréciation, elle est en compétence liée. Le moyen ici inopérant protège l'action obligatoire, forcée, contrainte, de l'administration.

Il existe donc des parcelles d'intouchabilité de l'action administrative et tous les moyens visant à actionner une contestation dans cette parcelle sont voués à l'échec.

Mais au-delà de l'utilisation normale du moyen voué à l'échec, on assiste peut-être à une instrumentalisation.

II. L'INSTRUMENTALISATION DES MOYENS VOUES A L'ECHEC DANS L'INTERET DE LA JURIDICTION ET DE LA SECURITE JURIDIQUE

Parmi les échecs instrumentalisés, certains sont clairement identifiables comme l'étant dans l'intérêt de la juridiction administrative, de la gestion du stock, et d'autre clairement dans l'intérêt de la sécurité juridique. Mais beaucoup flirtent avec les deux objectifs, parce qu'en définitive, ces objectifs se rejoignent.

A. Dans l'intérêt de la juridiction administrative

Les ordonnances dites « de tri », introduites par un décret de 2006⁶⁰, marquent pour la première fois l'entrée des moyens irrecevables et des moyens inopérants dans le code de justice administrative.

Aux termes des dispositions de l'article R. 222-1 7° du code de justice administrative, il est possible de rejeter par ordonnance après l'expiration du délai de recours, « *les requêtes ne comportant que des moyens de légalité externe manifestement infondés, des moyens irrecevables, des moyens inopérants ou des moyens qui ne sont assortis que de faits manifestement insusceptibles de venir à leur soutien ou ne sont manifestement pas assortis des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé.* »

Cet outil de rationalisation de la justice non déguisé (et plutôt dirigé contre les contentieux dits de masse⁶¹) marque une étape dans l'instrumentalisation du moyen voué à l'échec. Étape qui sera suivie par d'autres outils, réformes et solutions jurisprudentielles allant dans le même sens.

1. Les moyens irrecevables qualifiés de moyens inopérants

On peut s'interroger sur le flou sémantique entretenu par le Conseil d'État sur la qualification du moyen inopérant dans des situations où le moyen paraît plutôt irrecevable. C'est le cas dans certaines situations d'incompétence du juge (pas sur le litige naturellement, mais sur le moyen)⁶².

⁵⁹ CE, Sect., 17 oct. 1980, *Pont*, Rec. p. 374 ; CE 24 mai 1994, *Bourges*, n°119947, Rec. 263 ; CE 10 juil. 1995, *Dones*, n° 156109, aux T.

⁶⁰ Décret n° 2006-1708 du 23 déc. 2006 modifiant la partie réglementaire du CJA, *AJDA*, 2007, p. 304, comm.D. Chabanol.

⁶¹ Voir la démonstration de F. Poulet sur ce point, *L'inopérance des moyens dans le contentieux administratif français*, préc., p. 203.

⁶² CE, Sect., 30 avril 2003, *Syndicat Professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, n°230804, Rec. p. 189, *AJDA* 2003, 1150.

Qualifier d'inopérants des moyens qui sont irrecevables permet de se livrer à la possibilité de statuer par prétérition. Si l'un comme l'autre de ces moyens doit être relevé d'office par le juge, seul le moyen irrecevable doit faire l'objet d'une communication aux parties dans le respect des dispositions de l'article R 611-7 du code de justice administrative⁶³. Encore que cette assertion ait été démentie en 2020⁶⁴. Il pourrait y avoir là une vraie économie dans l'instruction et dans la rédaction⁶⁵.

Les commentateurs très autorisés que sont les responsables du responsable du centre de recherches et de diffusion juridiques relèvent que dans les décisions *M^{me} Drannikova* et *Tarn-et-Garonne*, les moyens qualifiés d'inopérants relevaient davantage de l'irrecevabilité et profitent de cette interchangeabilité pour s'interroger sur la nécessité de MOPER les moyens irrecevables⁶⁶.

Dans ses conclusions sur CFDT Finances, Aurélie Bretonneau assume le passage de l'irrecevabilité à l'inopérance et rappelle la pratique glissante du Conseil d'État sur ce point, même lorsque le législateur lui-même avait prévu une situation d'irrecevabilité : « Mais il n'est pas rare qu'à une qualification d'irrecevabilité retenue par le législateur vous substituiez une solution d'inopérance (CE, 7 mars 2018, n° 404079 et 404080, M^{me} Bloch, à paraître au Lebon ; RDI 2018. 302, obs. M. Revert) »⁶⁷.

2. Les moyens dirigés contre une décision soumise RAPO

Nous sommes ici sur un problème d'opérance et, sans entrer dans la théorie du « vice propre » particulièrement présent dans le plein contentieux objectif, on retiendra que selon la formule célèbre du Conseil d'État : « la décision prise à la suite de ce recours se substitue nécessairement à la décision initiale ; qu'elle est seule susceptible d'être déférée au juge de la légalité »⁶⁸.

Est-ce limité à la légalité externe ? Selon Sophie Theron, qui démontre par ailleurs que le « vice propre » est moins une notion qu'une technique du juge, oui⁶⁹. Aurélie Bretonneau et Xavier Domino sont moins formels : « *La question de l'opérance des moyens tirés des vices propres de la décision (le plus souvent de légalité externe) est l'une de celles qui se laissent le moins aisément systématiser* »⁷⁰.

D'un point de vue littéral et même si les vices de légalité interne sont rarement⁷¹ invoqués à l'encontre de la décision initiale, seule la décision prise sur RAPO peut être contestée et tous les vices de la

⁶³ CE 22 oct. 2014, Guessas, n° 389141 ; CE 12 oct. 2016, B. c/ Fédération française d'étude et de sports sous-marins, n° 395307.

⁶⁴ CE, 10 fév. 2020, Maillard, n° 429343 : Le Conseil d'État estime que si la requête doit être rejetée par le tri du fait d'une irrecevabilité « Czabaj », il est dispensé de communiquer ce moyen d'ordre public.

⁶⁵ Contra Julien Boucher, dans ses conclusions sur CE, Ass, 23 déc. 2011, M. Eduardo José Kandyrine de Brito Paiva, N° 303678, dans lequel la question des concours de traités internationaux était soulevée. Le rapporteur public relève bien que les décisions du CE préfèrent user du qualificatif « inopérant » pour les questions d'opportunité, qui fait la démonstration qu'ils sont en l'espèce irrecevables.

⁶⁶ L. Dutheil de Lamothe, G. Odinet, La recevabilité des moyens en contentieux administratif, AJDA 2016. 479.

⁶⁷ A. Bretonneau, La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires, RFDA 2018. 649.

⁶⁸ CE, Sect., 18 nov. 2005, *Houlbrèque*, n° 270075, Rec. p. 513 ; CE 24 nov. 2005, *M. Jeddi*, n° 286733, Rec. T. p. 910.

⁶⁹ S. Theron, La référence au « vice propre » de l'acte en contentieux administratif, LPA 2014, n° 45, p. 6.

⁷⁰ A. Bretonneau et X. Domino, « Les terres mêlées du plein contentieux » : AJDA 2012, p. 1847.

⁷¹ Mais cela arrive : CE 24 sept. 2010, *Guy Sallat*, n° 336043 : « que, par suite, M. Sallat ne peut utilement invoquer le prétendu vice de forme dont serait entachée la décision du 16 juin 2009 lui attribuant sa notation pour la période du 1^{er} juin 2008 au 31 mai 2009 ; qu'il en va également ainsi du moyen tiré de ce que les notateurs en premier ressort n'auraient pas justifié de l'objectivité requise pour noter M. Sallat. »

décision initiale disparaissent en même temps que tous les moyens : « *Considérant que ces dispositions ayant institué un recours administratif préalable obligatoire à la saisine du juge, la décision prise à la suite de ce recours se substitue nécessairement à la décision initiale ; qu'elle est seule susceptible d'être déférée au juge de la légalité* ; »⁷².

3. Les moyens cristallisés

Justifiés dans un objectif de sécurisation des opérations dans le contentieux de l'urbanisme, qui est de plus en plus désigné comme le laboratoire du contentieux général⁷³, la tentation est grande de répandre les cristaux dans le contentieux général. Pour être parfaitement honnête dans le pessimisme, nous pensons la prochaine étape jurisprudentielle en la matière n'est pas l'abandon de la jurisprudence *Intercopie*⁷⁴ (le décret dit JADE était l'occasion manquée de le faire et de toute façon, il ne reste guère que l'incompétence dans les moyens de légalité externe susceptibles de prospérer), mais la cristallisation des moyens après le délai contentieux. Les prémisses sont là avec les dispositions de l'article R. 611-7-1 du code de justice administrative qui permet au président de la formation de jugement de fixer par ordonnance une date à compter de laquelle, aucun moyen nouveau ne pourra être développé par les parties⁷⁵, et avec la tentative (matée pour cette fois⁷⁶) d'en étendre le champ d'application en appel.

4. Les moyens inopérants in futurum

Une nouvelle inopérance *in futurum* d'origine légale a émergé. Il s'agit d'évoquer ici les moyens qui ne pourront plus être invoqués, car les vices ont été régularisés avant le procès. L'article 54 de la loi pour un État au service d'une société de confiance (loi n° 2018-727 du 10 août 2018) a créé une « *demande en appréciation de régularité* » des décisions individuelles et permet à l'auteur de la décision, comme à son bénéficiaire, de saisir le juge afin qu'il se prononce sur la légalité externe, toute la légalité externe, de l'acte. En évoquant une « *purge juridictionnelle* »⁷⁷, le Conseil d'État annonce clairement le classement des moyens inopérants « pour l'avenir » dans la poursuite dans la gestion du stock des recours. Le gouvernement n'a d'ailleurs pas répondu à l'ambition du Conseil d'État dans son rapport

⁷² CE 30 mai 2007, *Société Lesaffre Frères*, n° 287280 : « Considérant que la SOCIÉTÉ LESAFFRE FRÈRES a, en application de l'article 11 du décret du 19 août 2004, formé un recours administratif contre l'arrêté du 25 fév. 2005 du ministre de l'écologie et du développement durable fixant la liste des exploitants auxquels sont affectés des quotas d'émission de gaz à effet de serre et le montant des quotas affectés, en tant qu'il concerne son installation située à Nangis ; qu'à la suite de l'examen de ce recours par la commission instituée par cet article, le ministre a, par une décision en date du 24 juin 2005, rejeté la demande de la société ; qu'il suit de là que les conclusions dirigées contre l'arrêté du 25 février 2005 sont entachées d'une irrecevabilité manifeste insusceptible d'être couverte en cours d'instance ».

⁷³ R. Noguellou, *Le contentieux de l'urbanisme*, AJDA 2020, p. 230.

⁷⁴ CE, sect. 20 fév. 1953, n° 9772, *Sté Intercopie* : Rec., p. 88 (pour la cassation) ; CE, ass., 15 juil. 1954, n° 4190, *Société des Acierie et forges de Saint-François* : Rec., p. 482. Maintenu après JADE : CE 31 mars 2017, *Durudaud*, n° 399123 : Gaz. Pal., juin 2017, n° 22, note Seiller B.

⁷⁵ Contesté en vain par le Syndicat de la juridiction administrative et le Conseil national des Barreaux : CE 13 fév. 2019, *SJA et CNB*, n° 406606.

⁷⁶ CE, avis, 13 fév. 2019, *Société Active Immobilier*, n° 425568. Ce qui est suffisamment rare pour être relevé, voir en ce sens O. Mamoudy, *La cristallisation des moyens ne perdure pas en appel*, AJDA 2019, 819.

⁷⁷ Conseil d'État, *Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets*, Les études du Conseil d'État, doc. fr., 2014, spéc., p. 71.

de 2013⁷⁸ et situe plutôt le dispositif dans un objectif de sécurité juridique. Nous sommes ici à la frontière entre les deux objectifs (qui se rejoignent objectivement souvent, car la sécurité juridique fluidifie le stock). Le dispositif est mis à l'expérimentation dans quelques tribunaux administratifs⁷⁹ et il faut attendre avant d'en mesurer tous les effets. Mais les observateurs sont d'ores et déjà sceptiques⁸⁰. Intrinsèquement compliqué à mettre en œuvre, il a également été court-circuité par la logique à l'œuvre dans la jurisprudence *CFDT Finances* du 18 mai 2018.

B. Dans l'intérêt de la sécurité juridique

L'expression « sauvegarde de l'acte administratif »⁸¹ a été remplacée par celle « principe de la sécurité juridique ». Si l'objectif n'est pas neuf, on assiste toutefois à un appauvrissement du contentieux objectif. Ce contentieux qui justifiait que le juge se penche sur un acte attaqué et non sur une situation juridique et qu'il fasse cesser l'illégalité. Aujourd'hui, la situation juridique l'emporte sur l'acte.

1. Les moyens désactivés

Dans ses conclusions sur *CFDT Finances*, Aurélie Bretonneau utilise cette expression, mais pour évoquer la désactivation des vices⁸². Les destins des vices et des moyens dirigés contre eux étant nécessairement liés, on peut évoquer des moyens voués à l'échec, parce que désactivés. C'est évidemment le cas des vices de procédures danthonysés, ou des vices de procédure et de forme purgés par *CFDT-Finances* dans l'exception d'illégalité, mais c'est également le cas des moyens de légalité interne dirigés contre une décision qui bénéficiera d'une substitution de motif⁸³ ou d'une substitution de base légale⁸⁴. Si le vice est désactivé, le moyen l'est nécessairement aussi.

2. Les moyens décapités

Historiquement moins protégés, les actes réglementaires le sont de plus en plus, et leur légalité de moins en moins. Alors que l'illégalité du décret peut troubler durablement l'ordonnancement juridique lorsque de multiples actes sont pris sur son fondement, que l'exception d'illégalité est véritablement

⁷⁸O. Mamoudy, La demande en appréciation de régularité : une « purge juridictionnelle » à l'avenir incertain, AJDA 2018. 1821.

⁷⁹ Décret n° 2018-1082 du 4 décembre 2018 relatif à l'expérimentation des demandes en appréciation de régularité.

⁸⁰ O. Mamoudy, La demande en appréciation de régularité : une « purge juridictionnelle » à l'avenir incertain, préc. : L. Janicot, J.-C. Rotouillié, La demande en appréciation de régularité d'une décision administrative, RFDA 2018. 821

⁸¹ J.-M. Peyrical, Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'annulation : étude sur la neutralisation et la substitution des motifs, AJDA 1996. 22.

⁸² A. Bretonneau, La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires, RFDA 2018. 649.

⁸³ J.-M. Peyrical, Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'annulation : étude sur la neutralisation et la substitution des motifs, AJDA 1996. 22.

⁸⁴ J.-H. Stahl, « Les pouvoirs du juge en matière de substitution de base légale dans le contentieux de l'excès de pouvoir », RFDA 2004. 733, spéc. p. 738.

« d'utilité publique » (Chapus) et qu'une « ardente obligation s'attache à ce que [les décrets] soient purgés de toute illégalité »⁸⁵, les moyens tombent les uns après les autres et on se demande (avec Delphine Costa), ce qu'il subsiste des moyens de légalité externe.

On sait que dans certains recours de plein contentieux objectifs par exemple le contentieux du statut du réfugié⁸⁶, l'inopérance de principe des moyens de légalité externe est totale.

Et, pour le recours pour excès de pouvoir, si on additionne la jurisprudence *Danthony*⁸⁷, à la jurisprudence *CFDT-Finances*, aux cas d'espèce dans lesquels un vice de forme est neutralisé pour son caractère non substantiel⁸⁸, il ne reste vraiment plus rien et les causes juridiques devraient être redéfinies : légalité interne d'une part, incompétence d'autre part.

⁸⁵ V. Daumas, Recours contre les actes de droit souple des autorités de régulation, concl. Sur CE, Ass., 21 mars 2016, n° 390023, Rec. 2016.

⁸⁶ CE, 27 févr. 2015, n° 380489, *Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) c/ M. Zeqiri*, Rec. T. p. 561-835 ; AJDA 2015. 1399.

⁸⁷ CE 17 fév. 2012, *Société Chiesi SA*, n° 332509 : obligation pour le juge de danthonyser, pas d'obligation de MOPer.

⁸⁸ CE 30 déc. 2010, *Cadenel*, n° 329900, 329930 : identification du maire dans les circonstances de l'espèce, car l'administré avait reçu une précédente décision qui mentionnait tout. A propos (désormais) de l'article L. 212-1 du CRPA : « Toute décision prise par une administration comporte la signature de son auteur ainsi que la mention, en caractères lisibles, du prénom, du nom et de la qualité de celui-ci. »