



HAL
open science

Danthony, cinq ans après

Christophe Roux

► **To cite this version:**

| Christophe Roux. Danthony, cinq ans après. Droit administratif, 2016. hal-01673420

HAL Id: hal-01673420

<https://univ-lyon3.hal.science/hal-01673420>

Submitted on 11 Jul 2023

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.

Danthony, cinq ans après

Droit Administratif n° 12, Décembre 2016, alerte 138

Voilà bientôt cinq ans, par deux décisions Danthony (CE, ass., 23 déc. 2011, n° 335033 et n° 335477 : *JurisData* n° 2011-029061 ; *RFDA* 2012, p. 284, concl. G. Dumortier ; *Dr. adm.* 2012, comm. 22, note F. Melleray ; *JCP A* 2011, 2089, note C. Brolyelle ; *GAJA Dalloz*, 20e éd., 2015, n° 114), le Conseil d'État adoptait une nouvelle conception des conséquences liées aux irrégularités procédurales affectant un acte administratif, en estimant que celles-ci ne sont de nature à affecter sa légalité que si le vice « a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie ». Quoiqu'un ancien président de la section du contentieux ait pu, en réactivant la stratégie du continuum, estimer que ces décisions n'entraînaient « ni innovation, ni revirement » (D. Labetoulle, *La jurisprudence Danthony*, in *AFDA, Les procédures administratives : Dalloz 2015*, p. 271), la doctrine a immédiatement perçu leur importance : quelques mois après leur adoption, elles figuraient au panthéon des grands arrêts de la jurisprudence administrative ; quant au même ancien président de la section du contentieux, il devait concéder en détournant Maurice Hauriou, que cette jurisprudence avait participé au « changement de notre contentieux administratif » déploré par certains.

Son statut de « grand arrêt » suffirait probablement à légitimer qu'un second bilan (pour un premier, V. X. Domino et A. Bretonneau, *Jurisprudence Danthony : bilan après 18 mois : AJDA 2013*, p. 1733) soit dressé à son sujet aujourd'hui. Quant à la date anniversaire, elle est certes un prétexte, mais l'on pourra se réfugier derrière l'idée selon laquelle un quinquennat constitue désormais la valeur-étalon en matière de bilan, politique comme juridique. Plus sérieusement, cette période nous paraît suffisamment conséquente pour que l'on puisse s'autoriser, avec davantage de recul, à opérer un certain nombre de constats. Après tout, en dévoyant Corneille (*Le Cid*, 1636, II, 2) aux arrêts bien nés, la valeur n'attend pas le nombre des années... Toute la question – on l'aura compris – réside dans le fait de déterminer si, oui ou non, ces décisions sont « bien nées » et si leurs jeunes années de vie ont conforté cette destinée prometteuse, là où d'aucuns ignorent que de nombreuses critiques ont pu émailler leur adoption comme leur application. C'est dès lors non pas en dressant un aride et fastidieux bilan comptable, mais plutôt au regard des attentes, interrogations et critiques que la décision avait pu susciter alors, que nous orienterons notre réflexion, éclairée par son application postérieure.

Clarification. – Quoique l'on puisse en penser au fond, le principal mérite de la jurisprudence Danthony réside dans la clarification opérée quant au traitement des vices de procédure par le juge administratif. Sans qu'il soit besoin d'y insister longuement, ce dernier oscillait à censurer les vices procéduraux soit à raison de leur objet même, soit à raison de leurs effets. Désormais, l'affaire est entendue : c'est au regard des effets du vice de procédure, et donc dans une conception finaliste in concreto, que ce dernier sera appréhendé, qu'il génère une privation de garantie, ou qu'il ait été susceptible d'exercer une influence sur le sens de la décision. Il y a matière à se féliciter de cette orientation, ceci ayant notamment mis fin aux hésitations antérieures où, alternativement, le caractère « substantiel » – permettant de retenir l'illégalité de l'acte – était accolé soit à la formalité en tant que telle, soit au vice. Au moins peut-on se satisfaire de la disparition d'une formulation alambiquée, la « formalité non substantielle », les arrêts affirmant que tout acte doit, en effet, « être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements ».

Si l'on a pu estimer que toute annulation fondée sur un vice procédural constituait une « perte de temps » (R. Odent, *Contentieux administratif*, rééd. : Dalloz, 2007, t. 2, p. 432), le Conseil d'État s'est donc tenu soigneusement à l'écart de cette appréciation, en ne mettant pas fin aux illégalités procédurales. Il en va de la sécurité juridique et, sur ce point, l'on suivra ceux qui ont présenté la jurisprudence Danthony comme l'un de ses adjuvants. On peut être moins tendre en revanche sur l'instrumentalisation annexe du principe : la sécurité juridique semble aujourd'hui essentiellement entendue soit au regard des facultés de régularisation de l'acte, soit au regard du report dans le temps des annulations contentieuses... beaucoup moins au regard de celle que l'on pourrait attendre dans les prétoires. Autant dire que, s'il est un peu excessif de penser que la jurisprudence Danthony a éteint « l'étoile » (déjà « filante ») du recours pour excès de pouvoir et de la légalité objective (M. Hauriou, *note sur l'arrêt CE, 29 nov. 1912, Boussuge : S. 1914, III, 33*), on peut se demander, en revanche, si elle n'a pas rallumé quelques foyers.

Instrumentalisation. – L'on avoue ainsi avoir toujours autant de mal à souscrire à certaines de ses justifications, notamment celle consistant à estimer que cette décision pallierait l'inconséquence du législateur à édicter avec prodigalité des contraintes procédurales, lesquelles fourniraient, à raison de leur irrespect, autant de moyens susceptibles de générer l'annulation. Certes, la jurisprudence Danthony n'a fait que généraliser une orientation adoptée par le législateur lui-même (V. L. n° 2011-525, 17 mai 2011, art. 70 : JO 18 mai 2011, p. 8537) ; l'on peut toutefois estimer qu'elle ne freine aucunement les ardeurs des gouvernants à élaborer (et instrumentaliser) ces procédures... leur méconnaissance étant potentiellement platonique. À l'heure où le Conseil d'État, de manière itérative, critique dans son étude annuelle le défaut de simplification et de qualité du droit – dont la multiplication des procédures participe – (V. S. Hourson, *La ritournelle du droit médiocre : Dr. adm. 2016, alerte 124*), on peut se demander si la jurisprudence Danthony ne participe pas à ce cercle pervers. L'argument devient franchement singulier lorsqu'il est avancé au sujet des procédures associant le public, lesquelles seraient ainsi mises à l'abri des contestations portant sur « tout bêgaiement de procédure » (D. Labetoulle, *art. préc.*). Si la formule englobante de la jurisprudence Danthony séduit de prime abord (toutes les procédures et tous les vices sont embrassés), l'on touche certainement ici ses limites ; en toute hypothèse, il est à déplorer qu'il ne soit pas réservé un traitement particulier aux procédures participatives, le public n'étant pas un acteur comme les autres de la procédure (V. Ch. Testard, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie participative, thèse Lyon 3, 2016, spéc. § 1038 et s.*).

Le domaine de la démocratie participative offre également l'illustration d'un autre danger : la « danthonisation » rampante. Pour certains, la jurisprudence Danthony permettrait de mieux départir les vices de forme des vices de procédure (M. Rota, *Vers la disparition des vices de forme ? : RDP 2015, p. 641*), son application s'arrêtant au seuil des seconds ; on serait tenté de penser le contraire : ainsi des insuffisances de motivation relatives au rapport du commissaire-enquêteur qui sont jugées sous son prisme, alors même qu'elles relèvent du vice de forme (CE, 28 nov. 2014, n° 361105, GLAT Industries : *JurisData* n° 2014-028926 ; RD imm. 2015, p. 60, note R. Hostiou). Nul étonnement : en évoquant la nécessité de se conformer aussi aux « formes prévues par les lois et règlements », la jurisprudence Danthony maniait déjà l'équivoque ; un appel à son extension en la matière a d'ailleurs été formulé par certains rapporteurs publics (M. Vialettes, *concl. sur CE, 3 juin 2013, n° 345174, Cne Noisy-le-Grand : JurisData* n° 2013-011326 ; BJCL 2013, p. 796). Il est en revanche plus surprenant que les carences d'une délibération sur le fond (insuffisances relatives à la mention des objectifs poursuivis par une commune quant à la révision d'un PLU) puissent subir le même traitement (V. CAA Douai, 28 déc. 2015, n° 14DA01837 : JCP A 2016, 2207, note G. Halbert). La jurisprudence démontre encore certaines tendances à la danthonisation « à la chaîne ». Ainsi en est-il au sujet des vices affectant l'information du public, lesquels, plutôt que d'être perçus intrinsèquement comme privant potentiellement d'une garantie les administrés, sont jugés parfois à l'aune de leur impact sur la procédure de participation du public elle-même (CE,

27 févr. 2015, n° 382502, *Min. Intérieur* : *JurisData* n° 2015-003597 ; *Dr. adm.* 2015, *comm.* 35, *note A. Tchaméni*). Si l'on comprend bien la relation symbiotique entre information et participation, elle n'a, pourtant, rien d'automatique, l'information constituant une garantie per se, disposant par ailleurs de fondements autonomes. Au-delà, on voit poindre le risque consistant, de manière circulaire, à transposer sans fin l'effet du vice procédural sur une autre procédure, jusqu'à diluer l'influence susceptible d'être générée par les vices sur la décision finale.

Ces hypothèses autorisent alors plus fondamentalement à se demander, d'une part, s'il est bien judicieux de « compartimenter la légalité » (*R. Hostiou, Quand une illégalité peut parfois en cacher une autre : de la jurisprudence Danthony à la théorie du bilan* : *RD imm.* 2014, p. 295) et, d'autre part, si l'on n'intègre pas beaucoup trop d'éléments dans la catégorie du vice de procédure. Comme en témoigne l'exemple de la motivation du rapport du commissaire-enquêteur, le vice paraît alors moins « procédural » que « matériel », interférant avec le fond même la décision finale adoptée. Quant aux procédures de participation, on peut les percevoir comme un « mode de concrétisation des droits reconnus aux administrés » (*P. Gonod, Les procédures administratives. Rapport de synthèse, in AFDA, préc., p. 297*) dont la méconnaissance devrait générer l'illégalité au-delà de la seule « privation » de garanties. Les critiques se déportent alors sur la qualité même de l'alternative consacrée par le Conseil d'État, ainsi que sur chacune de ses branches individuellement.

Hypothèques. – La première hypothèque réside dans la réalité même de l'alternative, certaines décisions démontrant qu'une lecture conséquentialiste semble privilégiée, la privation de garantie et l'influence sur le sens de la décision finale étant liées, comme si la présence de la première cause d'irrégularité entraînait nécessairement celle de la seconde (*CE, 16 avr. 2012, n° 320912, Meyer* : *JurisData* n° 2012-009300 ; *Dr. fisc.* 2012, *comm.* 377, *concl. D. Hédary, note O. Fouquet*). En première analyse, il n'y a probablement pas à le déplorer, les deux propositions semblant en effet, dans cet ordre, consubstantielles. Reste que, d'une part, cette méthode tend à banaliser la ramification essentielle de l'alternative au profit de la seconde, supplétive ; il ne faudrait pas, d'autre part, que d'alternatives les conditions se muent en cumulatives, faute de raréfier encore davantage les annulations contentieuses : il y aurait un affadissement considérable du principe si, en l'absence de privation de garanties, le juge en déduisait le défaut d'influence sur le sens de la décision.

En se concentrant maintenant sur chacune des causes d'irrégularité, c'est en premier lieu la notion de « garantie » qui suscite la perplexité, la jurisprudence, depuis cinq ans, n'ayant guère aidé à la circonscrire. Si l'on avait pu proposer de relier cette notion aux droits et libertés garantis au niveau constitutionnel ou conventionnel, cette position a été récusée. À suivre la jurisprudence, la protection de la propriété publique (*CE, 23 oct. 2015, n° 369113, Sté CFA Méditerranée* : *JurisData* n° 2015-023391 ; *JCP A* 2015, *act.* 897 ; *JCP A* 2016, 2248, *note J. Martin* ; *AJDA* 2015, p. 2382, *concl. B. Bobnert*) n'en fait visiblement pas partie, tout autant que l'exigence d'indépendance d'une autorité de régulation (*CE, 30 juin 2016, n° 393805, Synd. des compagnies aériennes autonomes* : *JurisData* n° 2016-013255 ; *Contrats-Marchés publ.* 2016, *comm.* 248, *note P. Devillers*). Dans la première espèce, il a été retenu, laconiquement, que la consultation de France Domaine (son absence ici) préalablement à la conclusion d'un BEA ne « présentait pas le caractère d'une garantie ». Avec un peu d'efforts, il nous semble qu'il aurait été pourtant aisé de la relier à la protection des deniers publics, au principe d'incessibilité à vil prix, voire au « droit commun de la commande publique ». L'arrêt d'interroger alors sur la notion même de personnes « intéressées » par la garantie. Il y a d'abord ici une pièce de plus à verser au dossier de la subjectivisation du contentieux objectif. Au-delà, faudrait-il déduire de cette décision que les personnes publiques ne peuvent être privées d'une garantie ? Interrogation qui ramène peut-être, une fois encore, à la controverse relative aux libertés et droits (fondamentaux) des personnes publiques (*V. O. Maetz, Les droits fondamentaux des personnes publiques, Institut varenne, 2011*). Dans la seconde espèce, le Conseil d'État a retenu, au sujet de l'homologation de redevances aéroportuaires par une autorité de régulation, que la circonstance qu'elle « ne présente pas de

garanties d'indépendance (...) n'est pas de nature à avoir privé le syndicat requérant d'une garantie (...) ». Autrement dit, l'absence de garantie d'indépendance... ne constitue pas la privation d'une garantie. Solution d'autant plus baroque que la mise en place – et l'indépendance – de cette autorité ressortait directement d'une obligation communautaire.

Au sujet de la seconde branche de l'alternative, c'est d'abord sa formulation qui prête le flanc à la critique : sauf à convoquer l'absurde, toute action ou omission (ici, tout vice de procédure) recèle un potentiel « effet papillon » : « Ne ménageons aucun suspense : en principe, un vice de procédure est susceptible d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise » comme le relevaient déjà certains (V. X. Domino et A. Bretonneau, *art. préc.*). Autant le dire clairement alors : le contrôle du juge n'est, ni plus, ni moins, qu'un contrôle de la probabilité de l'influence générée par un vice procédural. À cette formule plus exacte, on pourrait ajouter que seule l'influence « sensible » (« substantielle » ?) sur le sens de la décision finale entraînera l'annulation. Deux remarques peuvent enfin être formulées. En premier lieu, à partir du moment où le juge privilégie un contrôle in concreto, au regard des « pièces du dossier », il est à regretter que les décisions ne fassent pas davantage état de ces « pièces », ce qui permettrait – n'en doutons pas – d'accréditer la pertinence de la solution. En second lieu, cette méthode recèle l'écueil de la potentielle reconstruction juridique du temps, comme lorsque, par exemple, une malfaçon procédurale est « couverte » *a posteriori* par de nouveaux éléments : ainsi des imprécisions initiales d'une délibération relative à la modification d'un PLU, jugées sans influence sur le sens de la décision finale au regard de décisions et consultations ultérieures les ayant comblées (V. CAA Douai, 28 déc. 2015, n° 14DA01837, *préc.*). Cela suscite autant de questions que d'hypothèses. Les décisions et consultations ultérieures présentent-elles le même niveau de « garanties » pour les intéressés ? Leur sens, au fond, n'est-il pas la résultante de l'insuffisance originelle ? Peut-on surtout affirmer qu'elles correspondent nécessairement à la volonté qui, à l'initiale, aurait dû être exprimée ?

On le voit, la jurisprudence Danthony possède encore, cinq ans après, bien des zones d'ombre. Il ne faudrait pas conclure de cette brève étude que tout vice de procédure devrait ipso facto conduire à l'annulation : leur invocation peut constituer de fait la manifestation d'un « juridisme de mauvais aloi » (R. Hostiou, *art. préc.*). Il n'est dès lors certainement pas question de réprover, en tant que telle, la marge de manœuvre que s'est arrogée le juge ; mais il serait temps, *a minima*, d'en circonscrire bien davantage la substance et les frontières. C'est probablement à ce prix qu'un requérant des temps modernes n'aura pas la sensation désagréable de partager les mêmes déceptions qu'un Huron...